



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

RAFAEL VIEIRA LOPES

**O MODELO PROIBICIONISTA DE REPRESSÃO ÀS DROGAS:
Consequências sociais e a adequação do Art. 28 da Lei 11.343/2006 ao
princípio da lesividade**

BRASÍLIA

2018

RAFAEL VIEIRA LOPES

**O MODELO PROIBICIONISTA DE REPRESSÃO ÀS DROGAS:
Consequências sociais e a adequação do Art. 28 da Lei 11.343/2006 ao
princípio da lesividade**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

BRASÍLIA

2018

RAFAEL VIEIRA LOPES

**O MODELO PROIBICIONISTA DE REPRESSÃO ÀS DROGAS:
Consequências sociais e a adequação do Art. 28 da Lei 11.343/2006 ao
princípio da lesividade**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

Brasília, ____ de _____ de 2018

BANCA EXAMINADORA

Professor Orientador: Prof. Me. Álvaro Chagas Castelo Branco

Professor(a) Examinador(a)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as consequências decorrentes da adoção do proibicionismo como política de repressão às drogas. Para tanto, com base nas Convenções Internacionais sobre o tema, busca compreender a razão pela qual se adotou essa política no mundo inteiro. A construção histórica desse modelo demonstra que a proteção da saúde pública não passa de um pretexto simbólico para legitimar a adoção do proibicionismo encabeçada pelos Estados Unidos da América (EUA). Demonstra ainda que a adoção dessa política pelo Brasil ocorreu em decorrência de forte influência internacional. Em seguida, verifica a adequação da criminalização do usuário de drogas ao princípio da ofensividade, tendo em vista entender que a primeira medida a ser tomada para a mudança do modelo é a declaração de inconstitucionalidade do Art. 28 da Lei 11.343/2006. Utiliza-se de pesquisas bibliográficas e documentais para analisar, de forma crítica, as consequências trazidas pelo proibicionismo, e a partir do método dedutivo constata o fracasso do proibicionismo, sugerindo modelos alternativos para enfrentar a problemática das drogas.

Palavras-chave: Direito Penal. Política Criminal. Proibicionismo. Drogas. Princípio da lesividade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 AS RAÍZES DO PROIBICIONISMO EM ÂMBITO INTERNACIONAL	9
1.1 Era do livre consumo e início do intervencionismo.....	10
1.2 As primeiras conferências internacionais – Xangai (1909) e Haia (1912)	13
1.3 A Lei Harrison (<i>Harrison Narcotic Act</i>)	16
1.4 Período da grande proibição: 18ª emenda e Lei Seca	18
1.5 As convenções de Genebra	20
1.6 A Convenção única sobre Entorpecentes	22
1.7 Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas.....	24
1.8 Convenção da ONU de 1988	25
2 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E A LEGISLAÇÃO DE DROGAS BRASILEIRA....	28
2.1 Princípio da ofensividade x lesividade x exclusiva proteção de bens jurídicos ...	33
2.2 O princípio da ofensividade (ou lesividade).....	35
2.3 O bem jurídico	39
2.4 Crimes de dano, perigo concreto e perigo abstrato.....	45
2.5 A política de drogas no Brasil.....	29
3 CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS E O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE ...	47
3.1 O artigo 28 da lei 11.343/2006 e o princípio da lesividade: a saúde pública como bem jurídico tutelado	47
3.2 Objetivos e resultados alcançados com o proibicionismo, a chamada “guerra às drogas”	51
3.3 Por que insistir em uma política fracassada?	56
3.4 O fim da guerra: novas tendências, políticas alternativas e o RE 635.659	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS.....	71

INTRODUÇÃO

O estudo do proibicionismo, que consiste, em síntese, em tratar condutas relacionadas às drogas por meio do direito penal, tem como objetivo principal analisar a razão da adoção desse modelo e sua eficácia para atingir o objetivo almejado, qual seja, extinguir ou ao menos reduzir a disponibilidade e o uso de drogas consideradas arbitrariamente como ilícitas.

Se mostra de extrema importância o estudo desse tema, uma vez que a discussão sobre a adoção de um modelo alternativo vem ganhando cada vez mais força. Do mesmo modo, diversas são as consequências atribuídas ao proibicionismo, tal como a superlotação carcerária, mortes noticiadas rotineiramente como sendo em razão de dívidas de drogas, a guerra entre facções criminosas por pontos de venda, etc.

Para tanto, na primeira parte do trabalho é realizada uma regressão histórica, para que se possa compreender a origem e a razão pela qual esse modelo foi adotado mundialmente. Nota-se que o argumento de proteção da saúde pública surge em momento posterior à existência da proibição, que teve início por força de movimentos conservadores, imbuídos de forte influência religiosa, moral.

Nota-se, também, que os Estados Unidos da América foram os protagonistas que levaram esse modelo ao resto do mundo, uma vez que foram responsáveis pela realização de diversas Convenções Internacionais para tratar sobre a questão de drogas. Sendo os pioneiros na adoção de políticas penais repressivas para supostamente solucionar o problema das drogas.

Importante a realização dessa regressão histórica, uma vez que ao analisar o contexto nacional, é evidente que o Brasil adotou tal modelo por influência internacional, uma vez que foi signatário de diversos tratados que impunham restrições cada vez mais severas ao comércio, produção e uso de substâncias psicoativas.

Uma vez que o dispositivo legal que criminaliza o usuário de drogas está atrelado ao esse princípio da lesividade, o trabalho volta seu foco ao estudo desse princípio. Inicialmente, tendo em vista a existência de divergências doutrinárias quanto à nomenclatura desse princípio, é feita uma análise dos três termos mais utilizados, justificando a adoção pelo termo do princípio da lesividade ou ofensividade como sinônimos.

Em seguida, é realizada uma breve análise das mudanças históricas em âmbito interno, enfatizando a influência internacional nas modificações legislativas em âmbito nacional, demonstrando que a adoção pelo proibicionismo não foi consequência de preocupação com a saúde pública, mas sim questões morais e religiosas. Após, são explicados os conceitos pertinentes para que se possa verificar a adequação da criminalização da conduta do usuário de drogas ao referido princípio, o que é feito no capítulo final.

A dedicação de um capítulo praticamente exclusivo ao princípio da lesividade se dá em razão de que a violação desse princípio pelo dispositivo incriminador do usuário de drogas importa em inconstitucionalidade do mesmo. Nesse sentido, é o caminho mais próximo para que se inicie uma mudança do modelo atualmente em vigor. Em que pese o entendimento de alguns autores de que a mudança não deve ser feita passo a passo, é pacífico o entendimento de que o maior desafio para a legalização das drogas é justamente o preconceito por parte da população para com os usuários e as substâncias em

Assim, a descriminalização da conduta do usuário de drogas se mostra como um passo inicial, uma medida que não causa tanto impacto social, abrindo espaço para uma futura legalização controlada, a qual é majoritariamente tida como o melhor modelo alternativo.

A parte final do trabalho inicia demonstrando a inadequação do artigo 28 da Lei 11.343/2006 ao princípio da ofensividade, e a consequente inconstitucionalidade da norma. Em seguida, passa a analisar o proibicionismo em si, demonstrando o total fracasso desse modelo em alcançar os objetivos pretendidos, bem como os diversos danos causados à sociedade pelo mesmo, razões suficientes para justificar a necessidade de mudar a estratégia para combater as drogas.

Em seguida, busca compreender a razão pela qual, ainda hoje, mesmo com tantas evidências de que o proibicionismo é ineficaz, diversos países insistem em manter essa estratégia. De tal análise conclui-se que a criminalização das drogas não passa de um instrumento que possibilita o controle social por meio do direito penal. Por fim, apresenta os modelos alternativos de maior relevância, concluindo que, embora a descriminalização da conduta do usuário de drogas seja etapa necessária, é a legalização controlada em conjunto com a política de redução de danos que devem ser adotados como modelo ideal.

O marco teórico do presente estudo é a criminologia crítica, tendo em vista o princípio da lesividade ter se estabelecido pelos defensores do garantismo, especialmente Luigi Ferrajoli, quando da formulação dos dez axiomas do garantismo penal. Trata-se o garantismo de corrente que se deriva da criminologia crítica. Outrossim, a criminologia crítica é que passa a ver o direito penal como instrumento de controle social, sob a falsa justificativa de uma política estatal de controle ao crime essencial para a manutenção da segurança pública.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo participar e contribuir para a importante discussão sobre o campo da droga. Propondo modelos alternativos que atinjam o objetivo de diminuir a disponibilidade e o consumo de entorpecentes, de forma mais humana, assegurando o respeito aos direitos e garantias fundamentais do ser humano, que consistem no alicerce do Estado Democrático de Direito.

1 AS RAÍZES DO PROIBICIONISMO EM ÂMBITO INTERNACIONAL

Para iniciar o estudo acerca do proibicionismo, deve-se ter em mente que o consumo de drogas vem desde a origem da humanidade¹, sendo utilizada com fins religiosos, medicinais e até mesmo recreativos.

Dessa forma, diferentemente de outros crimes como roubo e homicídio, em que se pode perceber facilmente o caráter ilícito da conduta, isto é, a sua reprovabilidade por parte da sociedade, o consumo de drogas não foi sempre uma conduta criminosa. Tal classificação tem um histórico muito recente, tendo iniciado no início do século XX, como bem observa Luciana Boiteux Rodrigues:

Diferentemente de outros delitos tradicionais como o homicídio, a criminalização do uso e do comércio de drogas é relativamente recente. As drogas ilícitas ou proibidas mais populares nos dias de hoje já eram conhecidas e consumidas pelo homem há séculos, mas seu controle penal pelo Estado somente se concretizou nas primeiras décadas do século XX, com as primeiras previsões legais de crimes e penas.²

Isso não quer dizer que antes do século XX não existisse qualquer legislação regulamentadora das drogas, mas sim que não havia proibição de nenhuma droga. A esse respeito podemos observar as Ordenações Filipinas de 1603 que, embora utilizasse o termo “material venenoso”, previa regulamentação para determinadas substâncias.³

A primeira legislação incriminadora das drogas no Brasil foi o Código Penal de 1890, que considerava crime contra a saúde pública o tráfico de drogas. Entretanto, mesmo esta criminalização não proibia o consumo ou a produção/venda de qualquer droga, mas apenas exigia que, para este último, fossem cumpridas algumas formalidades, cuja sua inobservância constituía crime sem qualquer tratamento severo, sendo punido apenas com multa, sequer a licença profissional era cassada. Dessa forma, tal legislação tinha, ainda, caráter meramente sanitário.

Apenas no início do século XX é que o proibicionismo passa a ter a face que hoje conhecemos, de proibição e repressão do uso e comércio de determinadas substâncias, sendo resultado de uma conjunção de fatores políticos, sociais,

¹ KARAM, Maria Lúcia. Dez anos da lei 11.343/2006 = dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 2, n. 22, p. 18-27, maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/liberdades22.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2018. p. 20.

² RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 28.

³ PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**, Livro V. 1603.

religiosos, econômicos e morais. Sendo os Estados Unidos um país com grande relevância na formulação dessas políticas em âmbito internacional.⁴

Assim, foi a partir da hegemonia norte-americana que se desenvolveu o discurso de criminalização das drogas no mundo inteiro, o que refletiu, portanto, diretamente no cenário brasileiro, que se viu forçado a modificar sua legislação para se adequar ao novo regime internacional de controle penal das drogas.⁵ Ressalto que a análise das modificações legislativas no Brasil será realizada no capítulo seguinte, uma vez que a partir dali o enfoque do trabalho está voltado ao cenário nacional.

Além disso, a transição das drogas de uma questão privada para um problema de competência do Estado está encharcada de fatores políticos, sociais, religiosos, econômicos e morais.⁶ Desse modo, não há como abordar o proibicionismo, ou melhor, as razões para a doção desta política criminal, sem antes abordar a história da proibição das drogas.⁷

1.1 Era do livre consumo e início do intervencionismo

O século XIX foi marcado por grande evolução da química, período em que se conseguiu isolar princípios ativos de diversas plantas propiciando, assim, o surgimento de diversas drogas, tais como a morfina, cocaína, heroína, cafeína, entre outras substâncias psicoativas.⁸

A síntese dos princípios ativos teve diversas consequências, devendo frisar-se duas que são mais importantes para o foco do estudo.

Em primeiro lugar deve ser ressaltado que a partir desse momento se obteve uma enorme facilidade que em comercializar e transportar os produtos, isto é, não era mais necessário andar com grandes quantidades de plantas, uma vez que em uma maleta cabiam hectares de cultivo. Em segundo lugar, e não menos importante, não se tinha mais a incerteza da concentração de substância que continha na planta, que podia variar de uma planta para outra, uma vez que com a purificação dos princípios,

⁴ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. 2. ed. São Paulo: Desatino, 2012. p. 13-14.

⁵ LIPPI, Camila Soares. O discurso das drogas contruído pelo direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 53-65, 2013. p. 53-65.

⁶ RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico**. São Paulo: Desatino, 2017. p. 49.

⁷ RODRIGUES, op. cit., 2012. p. 11.

⁸ ESCOHOTADO, Antonio. **Las drogas: de los origenes a la prohibición**. Madri: Alianza Editorial, 1994. p. 76.

podia-se identificar com exatidão a quantidade de cada elemento na droga trazendo, assim, maior segurança para o usuário.⁹

Em razão da facilidade de transportar e comercializar drogas, elas começaram a se tornar cada vez mais populares nos Estados Unidos, conseqüentemente, seu uso medicinal se tornou ainda mais intenso. Drogas eram vendidas livremente em farmácias e boticas de todo o país, razão pela qual a automedicação era uma realidade para o cidadão estadunidense.¹⁰

Se por um lado o consumo de drogas estava se tornando cada vez mais comum, por outro, emergiam movimentos religiosos puritanos que tinham como objetivo afrontar qualquer coisa que violasse a moral protestante, ou seja, movimentos em defesa da proibição das drogas psicoativas.

Essa moral protestante pode ser vinculada a três valores que forneciam legitimidade para as tentativas de reprimir o consumo de drogas definidos por Howard S. Becker, especialmente ao primeiro. São eles a) o valor legitimador; b) a desaprovação de ações empreendidas no único intuito de alcançar estados de êxtase; c) o humanitarismo.¹¹

O valor legitimador pode ser chamado de ética protestante, como afirma o próprio autor, que seria a obrigação do indivíduo em possuir responsabilidade plena em tudo o que faz ou o que lhe acontece, não podendo fazer nada que acarretasse a perda de autocontrole, como acontece quando se está sob efeito de qualquer substância psicoativa. Já o segundo valor possui íntima relação com a cultura norte-americana, no que tange ao pragmatismo e ao utilitarismo, isto é, o êxtase pode ser buscado, mas sempre quando este vem como subproduto ou uma recompensa de ações consideradas apropriadas em si mesmas, tal qual do trabalho árduo. O que não se aceita é o êxtase pelo êxtase, podendo esta ação ser denominada como busca de “prazer ilícito”. O terceiro e último valor, o humanitarismo, significa que os reformadores acreditavam que leis proibicionistas tornariam impossível o acesso às dos escravizados por seu uso, o que conseqüentemente, beneficiaria tanto os usuários, por não serem capazes de ceder à sua fraqueza, além das famílias dos mesmos.¹²

⁹ ESCOHOTADO, Antonio. **Las drogas**: de los orígenes a la prohibición. Madrid: Alianza Editorial, 1994. p. 76

¹⁰ RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas**: uma genealogia do narcotráfico. São Paulo: Desatino, 2017. p. 50.

¹¹ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos da sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.142-143.

¹² Ibidem, p.142-143.

Fruto do nascimento dos movimentos citados, guiados pelos valores mencionados, ocorreu uma série de fundações de partidos e movimentos moralistas e proibicionistas tais como o *Prohibition Party* (Partido da Proibição), a *New York Society for the Suppression of Vice* (Sociedade Nova-iorquina para a Supressão do Vício), e a principal, a *Anti-saloon League* (Liga Anti-saloon), que mirava ataques aos *saloons*, estabelecimentos que concentravam jogos de azar, prostituição e consumo de álcool, que para os associados deste grupo, eram os três maiores vícios existentes.

Esta última rapidamente obteve ramificações espalhadas por todos o país, tendo como base para sua rápida expansão a aliança com diversas igrejas protestantes, com a finalidade de conquistar vitórias políticas na cúpula governamental. Uma importante aliança realizada pelos *Anti-saloon* foi com a congregação feminina, que mais tarde foi uma das grandes lideranças em favor da proibição do álcool, a *Woaman's Christian Temperance Union* (União das Mulheres Cristãs pela Temperança).¹³

Foi neste contexto de ascensão dos movimentos religiosos puritanos, como fruto da forte pressão exercida por estes grupos sobre o governo, que foi editada a primeira legislação federal em 1906 a respeito da venda de fármacos e outras substâncias por meio de controles administrativos, o *Pure Food and Drug Act* (Lei sobre Alimentos e Drogas Puros).¹⁴

A lei pouco rigorosa não impunha proibição a qualquer droga psicoativa, mas regulamentava a venda, a produção e o transporte das mesmas, além de alimentos e cosméticos. Exigia-se a partir de então apenas que tais substâncias cumprissem determinados procedimentos, tais como padrão de higiene nas indústrias, rotulagem precisa contendo, por exemplo, quantidade e ingredientes utilizados. Tão branda era essa legislação que sequer o tráfico irregular¹⁵, era punido com prisão ou multa, mas tão somente no confisco dos bens irregulares para destruição ou venda abaixo do preço de mercado, a depender da condição da substância apreendida.¹⁶

¹³ RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas**: uma genealogia do narcotráfico. São Paulo: Desatino, 2017. p. 51.

¹⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 60.

¹⁵ Transporte de substâncias reguladas pela legislação sem a rotulagem, falsificadas ou com produtos adulterados (diferentes daquele descrito no rótulo).

¹⁶ ESTADOS UNIDOS. **Pure food and drug act. PL 59-384, de 30 de junho de 1906**. Disponível em: <http://library.clerk.house.gov/reference-files/PPL_059_384_FoodDrugCosmeticAct.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

Deve-se ter em mente, porém, que apesar da leniência da referida lei, esta era a inauguração da intervenção estatal nesta seara, demonstrando a importância que a regulamentação de drogas passava a ter para os EUA. Nesse sentido bem lembra Thiago Rodrigues:

De um lado, (o *Food and Drug Act*) representava um avanço para o consumidor que, a partir de então, teria acesso a substâncias de maior qualidade; de outro lado, a lei inaugurava a intervenção governamental num campo ainda virgem. Apesar de pouco rigorosa, a aprovação do Food and Drug Act dava indícios de que o tema do controle de drogas assumia relevância na agenda do governo estadunidense.¹⁷

Pode-se dizer, então, que houve uma legalização das drogas, isto é, foram incorporadas à legislação. A partir de então, o governo estadunidense passou a deixar ainda mais clara sua intenção intervencionista. Com o início a uma série de conferências internacionais para tratar a respeito da proibição da venda e consumo de substâncias psicotrópicas, o país tomou a liderança mundial referente a este controle.

1.2 As primeiras conferências internacionais: Xangai (1909) e Haia (1912)

As duas Guerras do Ópio ocorridas no século anterior entre o Império Chinês e a Coroa Britânica, somadas ao aumento da percepção social da questão desta droga na China, tornaram o ópio um problema central da China¹⁸, droga cujo comércio os Estados Unidos jamais tiveram interesse econômico.

O mercado chinês era visado há séculos pelas grandes potências europeias, que exerciam um grau de influência muito maior sobre a China do que os Estados Unidos, que passava a ter interesse em adentrar neste mercado, o que estava, de certa forma, distante de se conseguir, uma vez que o país asiático oferecia grande resistência a adotar a política comercial norte-americana.¹⁹

Essa distância se viu drasticamente reduzida no início do século XX, já que o problema da China com o ópio somado à facilidade de defesa de combate a essa droga, decorrente da falta de interesse do governo estadunidense no comércio dessa droga e do apoio dos grupos puritanos, estava montado o cenário perfeito para que

¹⁷ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. 2. ed. São Paulo: Desatino, 2012. p. 22.

¹⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 37.

¹⁹ RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico**. São Paulo: Desatino, 2017. p. 55.

os EUA se aproximassem da China. Diante desse cenário, o governo norte-americano se ofereceu para liderar uma iniciativa internacional que lidasse com a questão do ópio.

Foi organizada, então, a conferência de Xangai, em 1909, para tratar do problema do ópio na China, sendo a primeira convenção internacional para tratar do controle e repressão de drogas, que contou com a participação de 13 países.²⁰

A conferência de 1909 não teve qualquer preocupação real com o problema de drogas no continente asiático, como bem explica Thiago Rodrigues:

A conferência de Xangai, convocada pelos EUA, foi mais uma manobra diplomática do governo Theodore Roosevelt do que a revelação de reais preocupações de Washington com respeito às drogas no Extremo Oriente. [...] [os EUA] via no apoio à China no combate ao ópio possibilidades econômicas e estratégicas de penetração no continente asiático.²¹

Em que pese terem sido elaboradas algumas recomendações no sentido de diminuir o comércio mundial de ópio para suprir tão somente as necessidades mundiais para uso médico dos opiáceos, não possuíam peso legal. Dessa forma, as potências coloniais (Alemanha, Inglaterra, França, Holanda e Portugal), embora contrariadas, aceitaram formalmente tais recomendações provenientes dos Estados Unidos, entretanto, este acordo não resultou na adoção de nenhuma medida concreta, ante a pressão que esses países sofriam de suas poderosas indústrias farmacêuticas, como as alemãs Bayer e Merck.²²

É certo que a conferência de Xangai não teve grande importância quanto à adoção de medidas efetivas. Todavia, sua ocorrência não foi de todo irrelevante, tendo em vista ter criado dois conceitos que foram utilizados na argumentação da política proibicionista durante todo o século. O primeiro seria o *uso legítimo*, que determinava que “todo consumo não relacionado à propósitos médicos e científicos [definidos em termos científicos ocidentais] deveria ser considerado ilícito” (sic)²³. O segundo seria o *combate*, ou seja, combate à produção de drogas em suas origens.²⁴ Ademais, a conferência abriu portas para encontros deste tipo, como a conferência de Haia, de 1912.

²⁰ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada**: Lei n. 11.343/06. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8.

²¹ RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas**: uma genealogia do narcotráfico. São Paulo: Desatino, 2017. p. 54-55.

²² Idem. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra. 2. ed. São Paulo: Desatino, 2012. p. 13-14.

²³ RODRIGUES, 2017. op. cit., p. 56

²⁴ Ibidem. p. 56.

Neste sentido, ressalta Luciana Boiteux:

A importância da Conferência de Xangai está na criação de um esboço de um sistema de cooperação internacional em assuntos de droga, que inspirou a primeira convenção sobre ópio de 1912, e inaugurou a prática de encontros diplomáticos para o controle de drogas psicoativas, motivados pelo *ímpeto proibicionista norte-americano*.²⁵

A conferência de 1912, realizada em Haia, Holanda, não carece de maiores explicações acerca de sua motivação ou seus antecedentes, sendo o mais significativo a própria conferência de Xangai aqui já explicada. Todavia, importante ressaltar o que foi discutido, além das consequências desse encontro.

De início, deve ser observado que o objetivo principal da Convenção de Haia, outra vez realizada por iniciativa dos Estados Unidos, era pressionar a implementação de sua política proibicionista a nível internacional, ou seja, de um lado, reprovar qualquer uso *não médico*²⁶, por outro lado, defender o uso médico das substâncias.²⁷

Não diferente da primeira reunião, os países colonialistas europeus mostraram certa resistência para com as recomendações propostas, defendendo uma limitação do controle das substâncias, bem como “a legalidade do uso *quase médico*, categoria vaga que pretendia incluir sob a forma de automedicação usos correntes e habituais do ópio fumado.”²⁸ Resistência e proposições estas que ocorreram, mais uma vez, em virtude da forte influência farmacêutica desses países, especialmente na Alemanha e na Holanda, o que acarretou, novamente, pouca aplicabilidade das cláusulas de controle.

Não se pode olvidar que, além reforçar a postura proibicionista dos Estados Unidos em âmbito global, a convenção de Haia mostrou também o interesse do país em ampliar o rol de substâncias proibidas, tendo em vista a inclusão da cocaína nesta lista pela primeira vez.

O tratado firmado nesta convenção era composto de quatro capítulos, sendo os três primeiros dedicados ao controle do comércio do ópio bruto, preparado para fumar, além de seus derivados industrializados (morfina, codeína e heroína) e cocaína. O último capítulo era dedicado especificamente ao apoio à China, aduzindo que o Ocidente deveria auxiliar o país asiático no controle do abuso do ópio.²⁹

²⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 38.

²⁶ Uso lúdico, ou seja, aquele para fins recreativos ou sem necessidade médica para tratamento.

²⁷ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra. 2. ed. São Paulo: Desatino, 2012. p. 24.

²⁸ Idem. **Política e drogas nas Américas**: uma genealogia do narcotráfico. São Paulo: Desatino, 2017. p. 57.

²⁹ Ibidem. p. 57.

A Conferência de Haia, foi utilizada como forma estratégia pelo governo estadunidense para pressionar a edição de novas leis internas proibicionistas, como observa Thiago Rodrigues:

O governo estadunidense utilizou de forma estratégica a assinatura do Convênio de Haia para pressionar o Congresso Nacional a adaptar as leis domésticas, consideradas pelo Poder Executivo ainda frágeis e restritas. A tática era simples: nós [os EUA], ao nos comprometermos internacionalmente, incitando novas normas sobre o controle de drogas, temos o dever de adequar nossas leis internas, tornando-as mais rígidas. Bem sucedida, a manobra auxiliou na aprovação, em 1914, do *Harrison Narcotic Act*.³⁰

Vale mencionar, ainda, que o referido tratado foi assinado pelo Brasil, acarretando consequências internas, dando início à política proibicionista em âmbito nacional³¹, sendo apenas esta menção suficiente neste ponto do trabalho, uma vez que este tema será debatido mais à frente.

1.3 A Lei Harrison (*Harrison Narcotic Act*)

Utilizar os tratados internacionais como forma de pressão para leis internas conquistou ainda mais espaço no Congresso Estadunidense. Dessa forma, inaugurou, os Estados Unidos um discurso que, a partir daí, se tornaria comum na história do proibicionismo americano, o de que as *obrigações internacionais* assumidas pelo país deveriam ser honradas.³²

Somados a este fator, os discursos dos movimentos puritanos foram fundamentais na construção de um ambiente político propício para a aprovação uma legislação proibicionista, diagnosticando a sociedade como doente e atribuindo a responsabilidade para os cuidados necessários de caráter moral de responsabilidade da Igreja e dos valores puritanos e os de caráter sanitário-jurídico ao Estado. Além disso os altos níveis de participação popular haviam caído drasticamente no final do século anterior, o que possibilitou a exploração de políticas proibicionistas sem qualquer reação da sociedade.³³

³⁰ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. 2. ed. São Paulo: Desatino, 2012. p. 25.

³¹ PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica**. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, 2008. Salvador/BA. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018. p. 5490.

³² RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico**. São Paulo: Desatino, 2017. p. 58.

³³ Ibidem. p. 59.

Dessa forma logo após a aprovação da Convenção de Haia em 1913, foi aprovada a Lei Harrison (*Harrison Narcotic Act*) em 1914, que embora travestido e justificado constitucionalmente como uma medida fiscal, era na realidade uma verdadeira medida policial³⁴, que proibia de forma explícita qualquer uso de drogas opiáceas que não tivesse finalidade médica. Seria, portanto, esta lei a efetivação do tratado assinado.³⁵

Importante ressaltar que, tanto a Lei Harrison, como a própria causa proibicionista não eram fruto de manifestação popular, muito pelo contrário, como observa Thiago Rodrigues:

A importância política que a causa antidrogas ganhou nos altos quadro jurídico-administrativos não foi, portanto, reflexo de uma grande agitação popular, mas parte de um bom uso estratégico pelos partidos e movimentos proibicionistas do vazio participativo (da população) da primeira década do século XX.³⁶

Ante a liberação do uso de dessas substâncias apenas para uso medicinal, a Associação Médica Farmacêutica dos Estados Unidos passou a lutar pelo poder regulador de psicoativos, passando a se apresentar como autoridade competente para deliberar sobre o tema, participando dos mecanismos governamentais de controle de drogas. “Estava evidente ara a associação que havia sido desencadeado um processo de medicalização das relações entre os indivíduos e as drogas disponíveis, e que o caminho delineado era o do controle através da utilização do saber médico.”³⁷ Ou seja, se por um lado a classe perdeu sua autonomia para receitar psicoativos a seus pacientes, por outro obtivera o monopólio para regulamentar essas substâncias.

Outro fator importante trazido foi a criação das figuras do *traficante* e do *viciado*, sendo as mesmas que hoje popularmente conhecemos, o traficante era aquele que produzia e comercializava drogas irregularmente, e o usuário aqueles que a consumia sem indicação médica. Devendo o traficante ser punido com prisão e o usuário considerado como doente e submetido a tratamento, mesmo que contra sua vontade.³⁸

A referida lei, apesar do novo tratamento dado ao consumo de drogas, persistiu o uso recreativo, e ainda gerou efeito extremamente danoso, levou o consumo para a ilicitude. Senão vejamos o que diz Thiago Rodrigues:

³⁴ BECKER, Howard Saul. **Outsiders**: estudos da sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 143.

³⁵ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico**: uma guerra na guerra. 2. ed. São Paulo: Desatino, 2012. p. 25.

³⁶ Idem, **Política e drogas nas Américas**: uma genealogia do narcotráfico. São Paulo: Desatino, 2017. p. 58.

³⁷ Ibidem. p. 57).

³⁸ Idem, 2012, op. cit. p. 25.

As drogas psicoativas não deixaram de fazer parte do cotidiano dos estadunidenses, porém a relação dos indivíduos com as drogas regulamentadas pela Lei Harrison mudou sensivelmente: o acesso só seria possível por meio de uma receita emitida por um médico. O consumo, apesar da lei, não se restringiu aos tratamentos médicos, persistindo usos hedonistas e a automedicação. Havia, no entanto, uma marcante diferença: todo esse volume de transações e de usos de psicoativos era, a partir de então, ilícito. Estava legalmente inaugurado o mercado ilícito de drogas.³⁹

Por fim, importante frisar também, que além da edição da lei mencionada, a nova política de proibicionismo adotada internacionalmente teve reflexos em países europeus que tiveram suas legislações de drogas influenciadas, como a França e o Reino Unido, respectivamente com a “*Lois sur les drogues*” de 1916, e com o “*Dangerous Drug Act*” de 1920.⁴⁰

1.4 Período da grande proibição: 18ª emenda e Lei Seca

Embora a produção, o comércio e o consumo de opiáceos e da cocaína já estivesse proibido, exceto para uso medicinal, uma droga de grande importância e a motivadora dos primeiros movimentos proibicionistas ainda não era regulamentada e possuía livre comércio e consumo em todo o território estadunidense, o álcool. Aliás, era a proibição do álcool a exigência mais antigas dos grupos abstêmios.⁴¹

Esses grupos tinham seu discurso sempre acompanhado pela associação de determinadas drogas a minorias e imigrantes, como bem assinala Thiago Rodrigues:

A associação entre drogas psicoativas e grupos específicos e dissonantes não era, de modo algum, um fato novo entre os estadunidenses. As associações puritanas que clamavam, ainda no século XIX, pela proibição do álcool e do ópio traçavam uma linha direta entre essas substâncias e comunidades imigrantes, respectivamente, irlandeses e chineses. De maneira análoga, mexicanos eram vistos como inveterados consumidores de maconha e os negros, como perigosos usuários de cocaína.⁴²

Essas pessoas estereotipadas passam a ser vistas como *anormais*, devendo, portanto, serem controladas pelo Estado, o que se tornou possível a partir de marginalização desses grupos em razão de seu vínculo com as drogas. Dessa forma, podia o governo controlá-los sob a justificativa de combate ao tráfico de drogas.

³⁹ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. 2. ed. São Paulo: Desatino, 2012. p. 25.

⁴⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 38-39.

⁴¹ RODRIGUES, Thiago. Drogas e liberação: enunciadores insuportáveis. **Revista Verve**, São Paulo, n. 6, p. 129-156, 2004. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5008/3550>>. Acesso em: 15 maio 2018. p. 133.

⁴² Idem. Política de drogas e a lógica dos danos. **Revista Verve**, São Paulo, n. 3, p. 257-277, 2003. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/4947/3495>>. Acesso em: 15 maio 2018. p. 259-260

O tema de controle de drogas ter ficado estagnado por certo período após a aprovação da Lei Harrison. Contudo, ocorreu a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) que contou com a participação dos Estados Unidos, o qual saiu como vitorioso, situação que impulsionou ainda mais o proibicionismo em âmbito interno, uma vez que o Tratado de Versalhes incorporou termos acordados em Haia, obrigando os países perdedores, entre eles a Alemanha que apresentava grande resistência a respeito do tema por ser uma grande produtora de medicamento, a adotar medidas proibicionistas, sendo, portanto, uma grande vitória para a causa.⁴³

Assim, com esta conquista internacional aliada à necessidade de controle dos *anormais* estava, mais uma vez, formado um cenário perfeito para mais uma investidura proibicionista, mesmo que novamente impopular.

Em janeiro de 1920 entrou em vigor a 18ª emenda à constituição que continha apenas três pequenas seções que definiam que a emenda entraria em vigor após um ano a contar de sua ratificação, em 1919, bem como proibia a produção, transporte, importação e exportação de bebidas alcoólicas, além de determinar que os Estados e a União teriam poder concorrente para garantir a eficácia da emenda por meio de legislação apropriada. Ocorre que a emenda utilizava o termo genérico “*intoxicating liquors*”, razão pela qual, em outubro de 1919, o congresso aprovou o a Lei Seca que definia o termo proibitivo utilizado pela emenda. Esta lei foi formalmente chamada de *National Prohibition Act*, mas conhecida popularmente como *Volstead Act*, por ter sido proposta pelo senador Andrew Volstead.⁴⁴

Da mesma forma que a Lei Harrison, a Lei Seca desencadeou consequências diversas daquelas pretendidas, tal qual a continuidade da venda e do consumo de álcool, além do surgimento de uma das mais conhecidas máfias no mundo, a de Al Capone, como explica o historiador Henrique Carneiro:

Os resultados foram péssimos. O controle do mercado passou para mãos de criminosos, levando a um aumento da violência; a qualidade dos produtos deixou de ser fiscalizada pelo Estado, levando a adulterações e mortes por envenenamento e a renda enorme desse comércio passou a circular clandestinamente, sem pagamento de impostos, enriquecendo

⁴³ RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico**. São Paulo: Desatino, 2017. p. 60.

⁴⁴ GEORGE, Robert; RICHARDS, David. **The eighteenth amendment**. Disponível em: <<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-xviii>>. Acesso em: 15 maio 2018.

grupos criminosos. Isso levou ao crescimento das máfias, como a de Al Capone.⁴⁵

O Estado foi obrigado a criar departamentos e agências tanto para garantir a aplicação adequada da nova lei, bem como para perseguir o tráfico de álcool. Entretanto, “o aumento do aparelho estatal, não foi tão efetivo para capturar mafiosos, como foi para elevar cerca de meio milhão de estadunidenses à condição de criminosos”⁴⁶

Ante o evidente fracasso da legislação em eliminar ou diminuir o consumo de álcool no país, não havia outra alternativa senão a revogação da lei, que ocorreu em 1933. Todavia, esta lei não significou retrocesso na política intervencionista do país, mas ao contrário, foi responsável pelo agigantamento das agências e da burocracia estatal,⁴⁷ além abrir espaço para um controle de substâncias diversificadas. Tampouco desviou a atenção do governo com relação a outras drogas.

1.5 As convenções de Genebra

Em 1925, foi assinada a Segunda Convenção Internacional sobre Ópio, realizada em Genebra no âmbito da Liga das Nações.⁴⁸ Neste encontro os EUA propunham a redução da produção de coca e papoula em 10% a cada ano, até se chegar à erradicação total em dez anos, além de defender o *uso legítimo* e a criminalização do uso recreativo e da automedicação (o *uso quase legítimo*). Tais propostas encontravam resistência tanto por parte das potências coloniais europeias como dos Estados produtores dessa substância.⁴⁹

Ao notar que suas propostas não seriam acatadas e que o encontro encaminhava para um tratado de cunho mais regulatório do que proibitivo como queria (o que de fato aconteceu), se retirou da conferência, possibilitando um rápido encerramento do mesmo. As decisões relevantes tomadas nesse encontro foi a

⁴⁵ CARNEIRO, Henrique. O uso de drogas na sociedade. In: OLIVEIRA, Walter Ferreira de; CARNEIRO, Henrique (orgs.). **Álcool e outras drogas: da coerção à coesão**. Florianópolis: Departamento de saúde pública/UFSC, 2014. p. 11-33. Disponível em: <<https://unasus.ufsc.br/alcooleoutrasdrogas/files/2015/03/Modulo-1.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018. p. 23.

⁴⁶ RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico**. São Paulo: Desatino, 2017. p. 62.

⁴⁷ Idem. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. 2. ed. São Paulo: Desatino, 2012. p. 28.

⁴⁸ A Liga das Nações idealizada em 1919 como resultado da Primeira Guerra Mundial, onde as nações vencedoras se reuniram para negociar um acordo de paz. Este acordo ficou conhecido como Tratado de Versalhes, que dispunha o estabelecimento desta liga, que contou com a assinatura de 44 países.

⁴⁹ RODRIGUES, 2017, op. cit. p. 62-64.

inclusão da *Cannabis* e da heroína como substâncias a serem reguladas, além da criação da *Permanent Central Opium Board* (Comitê Central Permanente sobre o Ópio – CCP) órgão que ficaria responsável por fiscalizar a produção e o consumo de drogas dos países signatários. Era o primeiro sistema de monitoramento de psicoativos a nível internacional.⁵⁰

Mesmo não tendo ratificado o acordo, os EUA participaram ativamente na formulação dos encontros seguintes, também realizados em Genebra. O primeiro, em 1931, “significou a exportação mais bem-acabada até então do modelo penalizador dos Estados Unidos”.⁵¹

Este tratado, tinha como objetivo principal a efetivação do Tratado de 1925. Dessa forma foram definidas *quotas* rígidas de drogas que cada país podia produzir, levando em consideração a necessidade médica e científica para cada, além de ser, a partir de agora, obrigatório o envio de relatórios com estatísticas referentes à produção de consumo de drogas anualmente ao CCP, que para tanto passou a possuir poderes punitivos.⁵²

Este foi o primeiro tratado ratificado pelos Estados Unidos, por motivos que bem explica Escohotado:

A criação deste [órgão] proibicionista, assim como o compromisso das *quotas*, constituíram um grande triunfo para os Estados Unidos. Razão pela qual o Congresso se dignou a ratificar a Convenção – coisa que não havia feito com os compromissos anterior de Haia, Versalles e Genebra –, o que autorizara um generoso incremento de medidas destinadas a pôr em prática os acordos internacionais.⁵³

Cinco anos após, em 1936, ocorreu a última convenção de Genebra. Neste encontro os EUA propuseram a criminalização da produção e do comércio não médico de drogas psicoativas, além do consumo pessoal. Essas propostas foram rechaçadas pela maioria dos participantes, tanto os países da Europa Ocidental como os produtores enxergavam tais propostas como ameaças ao lucro obtido com o comércio de drogas.⁵⁴

Dessa forma, o representante da delegação estadunidense na convenção se negou a participar ativamente do encontro, tendo inclusive, se negado a assinar o

⁵⁰ LIPPI, Camila Soares. O discurso das drogas construído pelo direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 53-65, 2013. p. 56.

⁵¹ RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas**: uma genealogia do narcotráfico. São Paulo: Desatino, 2017. p. 65.

⁵² ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. 7. ed. Madri: Alianza Editorial, 1998. p. 527-528.

⁵³ Ibidem. p. 528. (Tradução nossa).

⁵⁴ RODRIGUES, op. cit., p. 66-67.

tratado final. Tratado este que apenas entrou em vigor no ano de 1939, entretanto, sem ter qualquer eficácia. O que passou a mensagem de que nenhum acordo internacional seria eficaz se não tivesse o assentimento dos Estados Unidos. Assim, gradativamente a política proibicionista de Washington era imposta em âmbito mundial.⁵⁵

O poder internacional que os Estados Unidos passavam a apresentar, mais uma vez teve reflexos internos, pois à medida que os Estados incorporavam o tema em sua legislação, aqueles grupos que defendiam o controle de drogas ficavam cada vez mais ofuscados. Neste sentido afirma Thiago Rodrigues:

Com isso, a questão do controle de psicoativos havia completado a migração do ambiente de debate e reprovação civil-religioso em que nascera no começo do século XX para uma estatização mais completa, relegando os movimentos proibicionistas ao papel de legitimadores morais das ações estatais domésticas e diplomáticas.⁵⁶

1.6 A Convenção única sobre Entorpecentes

Após a Segunda Guerra Mundial, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), onde foram concluídos três protocolos ainda vigentes, o Protocolo de Genebra de 1946, o Protocolo de Paris de 1948 e o Protocolo para a limitação e regulação do cultivo da papoula, da produção e das trocas internacionais e do uso do ópio, de 1953.⁵⁷ Foi aí que surgiu a solicitação para que o então Secretário-Geral da Nações Unidas preparasse um tratado internacional.

Em 1961, foi realizada a Convenção Única sobre Entorpecentes, que contou com a participação de 73 países, com o propósito de ser uma única e última convenção que tratasse sobre o tema. Em que pese ter, de fato, substituído todos os tratados pré-existentes, falhou neste propósito, uma vez que foram realizadas duas outras convenções posteriormente.⁵⁸

Este tratado manteve diretrizes anteriores, a saber, a manutenção do uso médico e científico das drogas, além da obrigação de envio de relatórios anuais acerca

⁵⁵ RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas**: uma genealogia do narcotráfico. São Paulo: Desatino, 2017. p. 67.

⁵⁶ Ibidem. p. 67.

⁵⁷ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 39.

⁵⁸ BEWLEY-TAYLOR, David.; JELSMA, Martin. Fifty years of the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs: A Reinterpretation. **Series on Legislative Reform of Drug Policies**, Amsterdam, n. 12, p. 1-20, mar./2011. Disponível em: <<https://www.tni.org/files/download/dlr12.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2018. p. 1-3.

do consumo e produção de drogas, que deveriam ser enviados ao então criado Conselho Internacional de Controle de Narcóticos (CICN).⁵⁹

Entretanto, diferente das convenções antecessoras, esta não tem como finalidade principal o controle de psicoativos para fins *lícitos*, mas sim a incorporação de uma postura proibicionista ao uso *não-médico* ou *quase-médico* de três plantas utilizadas como matéria prima, quais sejam a coca e a papoula, que já eram regulamentadas há algum tempo, e a *Cannabis*, incluída pela primeira vez presente em um documento internacional.⁶⁰

Neste sentido, atribuiu aos Estados partes a obrigação de adotar legislações internas com o intuito de punir severamente traficantes de drogas, especialmente com pena de prisão. Senão vejamos o que diz o parágrafo 1º do artigo 36 da Convenção:

Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena prisão ou outras de privação da liberdade.⁶¹

Importante ressaltar que o termo “posse”, não diz respeito à posse para consumo pessoal, mas sim àquela com o intuito de venda, uma vez que o referido dispositivo não visa punir o uso, mas sim o tráfico ilícito. Neste sentido, o consumo pessoal sem autorização legal não configura, segundo o tratado, tráfico ilícito.⁶²

Este tratado foi de extrema importância para legitimar o controle dos Estados Unidos sobre países da América Lática e do Sudeste Asiático, localidade em que eram tradicionalmente cultivadas.⁶³ Isto é, fez com que países em desenvolvimento que tinham o uso da droga atrelado a sua cultura e religião, fossem obrigados a abolir

⁵⁹ BEWLEY-TAYLOR, David.; JELSMA, Martin. Fifty years of the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs: A Reinterpretation. **Series on Legislative Reform of Drug Policies**, Amsterdam, n. 12, p. 1-20, mar/2011. Disponível em: <<https://www.tni.org/files/download/dlr12.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2018. p. 5-6.

⁶⁰ Ibidem. p. 5-6.

⁶¹ RASIL. **Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 maio 2018.

⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU. **Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961**. New York: United Nations, 1973. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Commentary_on_the_single_convention_1961.pdf> Acesso em: 17 maio 2018. p. 428.

⁶³ IPPI, Camila Soares. O discurso das drogas construído pelo direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 53-65, 2013. p. 59.

qualquer tipo de uso que não tivesse propósito medicinal ou científico, como afirma, categoricamente, o autor Bewley-Taylor:

Refletindo interesses divergentes e variadas influências políticas dos Estados envolvidos na elaboração e na própria conferência plenipotenciária, a Convenção também forçou vários países chamados “países em desenvolvimento a abolir qualquer uso ‘não médico e científico’ das três plantas que por muitos séculos faziam parte de tradições sociais, culturais e religiosas. Isso inclui práticas medicinais não aceitas pela medicina moderna desenvolvidas no ‘Norte’.”⁶⁴

Assim, esta convenção foi responsável por instituir um amplo sistema internacional de controle de drogas, atribuindo aos Estados-parte a responsabilidade de incorporar as medidas previstas nele às suas legislações internacionais. Sendo, portanto, considerado um efetivo instrumento amplamente aceito.⁶⁵

Em 1972, um protocolo foi assinado emendando esta convenção no sentido de aumentar os esforços para prevenir a produção ilícita, o tráfico e o consumo de narcóticos. Previa ainda a necessidade de os países providenciarem acesso a tratamento para viciados, indicando esta como uma alternativa à prisão nos crimes envolvendo essas pessoas.⁶⁶

1.7 Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas

O próximo passo no controle internacional de drogas foi a realização da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, em 1971. Até então apenas a *cannabis*, cocaína e as drogas derivadas do ópio (ou o ópio em si) estavam sujeitas ao controle internacional.⁶⁷

A grande novidade trazida por essa convenção, foi a inclusão de novas drogas que estavam surgindo, especialmente anfetaminas, LSD⁶⁸, THC⁶⁹ e mescalina. Neste sentido, o preâmbulo deste tratado era praticamente idêntico ao da convenção anterior, sendo substituída a palavra *entorpecentes* por *substâncias psicotrópicas*,

⁶⁴ BEWLEY-TAYLOR, David.; JELSMA, Martin. Fifty years of the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs: A Reinterpretation. **Series on Legislative Reform of Drug Policies**, Amsterdam, n. 12, p. 1-20, mar/2011. Disponível em: <<https://www.tni.org/files/download/dlr12.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2018. p. 17. (Tradução nossa)

⁶⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p 39.

⁶⁶ Ibidem. p. 40.

⁶⁷ Ibidem. p. 40.

⁶⁸ LSD é a sigla de Lysergsäurediethylamid, palavra alemã para a dietilamida do ácido lisérgico, que é uma das mais potentes substâncias alucinógenas conhecidas

⁶⁹ Sigla do termo tetraidrocanabinol, principal componente ativo da maconha (*cannabis*).

termo que inclui drogas sintéticas como as já mencionadas. O objetivo deste tratado permanece, portanto, o mesmo, ou seja, os Estados se comprometem a eliminar o uso recreativo dessas substâncias por se preocuparem com a saúde mental das pessoas, ao mesmo tempo que prometem não restringir a disponibilidade dessas substâncias para uso médico e científico.⁷⁰

Quanto à novidade trazida neste encontro, Escohotado resume muito bem:

Esta norma não afeta a legislação anterior sobre entorpecentes (a Convenção Única de 1961), e adiciona ao rol de substâncias controladas ou rigorosamente proibidas diversas outras drogas. [...] O essencial da Convenção de 1971 era proibir, em termos absolutos, qualquer droga relacionada à “expansão da consciência”, quaisquer que fossem seus efeitos primários e secundários, sua toxicidade ou sua natureza química.⁷¹

Importante ressaltar, ainda, que a maconha, a mescalina e o LSD foram símbolos da cultura *hippie*, que preocupou os países ocidentais, especialmente os EUA, por terem um discurso pacifista, que ia de encontro à cultura belicista desses países.⁷² Neste sentido, era muito oportuno países criminalizar as drogas relacionadas a essa cultura. Assim, as drogas reguladas pela Convenção de 1971 estavam distribuídas em quatro listas, sendo apenas a lista I o rol de substâncias estritamente proibidas. Curiosamente (ou não) era a lista que continha as drogas alucinógenas, dentre elas a mescalina, o LSD e o THC.⁷³

1.8 Convenção da ONU de 1988

A Convenção de Viena realizada em 1988 consagrou o auge da tendência repressiva, o que pode ser percebido logo de início pelo seu próprio título, que não trata mais de uma convenção “sobre” substâncias psicotrópicas. O título desta convenção – Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas – é muito mais forte e deixa muito clara a ideia de “guerra às drogas”.

Esta Convenção veio com o intuito de suprir a necessidade de fortalecer e complementar as medidas previstas nas convenções realizadas sob a égide da Organização das Nações Unidas em 1961 e 1971. Bem como com a intensão de

⁷⁰ ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. 7. ed. Madri: Alianza Editorial, 1998. p. 675.

⁷¹ Ibidem. p. 675, 678. (Tradução nossa).

⁷² RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. In: LABATE, Beatriz Caiuby, et. al. (orgs.) **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia - EDUFBA, 2008. p. 91-104. p. 99.

⁷³ Idem, **Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico**. São Paulo: Desatino, 2017. p. 90.

intensificar os meios jurídicos em matéria penal para eliminar o tráfico ilícito de drogas.⁷⁴

Necessidades essas que surgiram principalmente por conta do alto poder econômico e militar alcançados pelas organizações criminosas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes, o que segundo o próprio preâmbulo desta convenção, ameaçam a própria estrutura da administração e segurança pública:

Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados.

[...]

Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.⁷⁵ (sic)

Nota-se grande carga emocional nos termos utilizados nestas cláusulas preambulares. Aliás, sobre isso, Luciana Boiteux não se contenta em apontar o apelo emocional, indo além quando afirma que as organizações criminosas citadas teriam “como objetivo ‘*minar as economias lícitas e ameaçar a segurança e a soberania dos Estados*’, além de ‘*invadir, contaminar e corromper as estruturas da Administração Pública...*’. O apelo à guerra era **emocional e mesmo irracional**.”⁷⁶ (grifo nosso).

Neste sentido, logo no Artigo 3 do tratado estão previstos os delitos e as penas a estes cominadas, trazendo como novidade no parágrafo 2⁷⁷ deste artigo a necessidade de os estados-partes tomarem as medidas necessárias para caracterizar como **delito penal** a posse, o cultivo ou a aquisição de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas para **consumo pessoal**, observados os limites impostos pelos princípios constitucionais de cada país.

A criminalização do consumo pessoal representou grande avanço para a política repressiva, mas não se pode olvidar, também, que esta convenção previu,

⁷⁴ BRASIL. **Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 14 maio 2018.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 42.

⁷⁷ Artigo 3, parágrafo - Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971.

pela primeira vez, a criminalização da lavagem, ou “reciclagem”, de capitais provenientes do tráfico de drogas⁷⁸, o que para Maria Lúcia Karam, se tornou um “campo fértil para o excesso punitivo, inclusive na criminalização de pós-fatos absorvíveis pelo crime antecedente”, apontando, logo em seguida, o caso da Noruega que prevê pena máxima de 3 anos para a o crime de “reciclagem”, mas no caso de bens provenientes de crimes relacionados a drogas, a pena pode ser aumentada até 21 anos (limite máximo da pena privativa de liberdade naquele país).⁷⁹

Além de determinar a criminalização do tráfico de drogas no Artigo 3.1.a, e do uso de entorpecentes no dispositivo acima citado, determinou também a proibição e apreensão de equipamentos utilizados para o uso e produção de drogas⁸⁰; a participação no tráfico de drogas ou tentativa mesmo a tentativa de cometer o crime⁸¹.

Por fim, o Artigo 11 da convenção trata da “entrega vigiada”, consistente na possibilidade de retardar a prisão o momento da prisão do crime de tráfico de drogas com o intuito de identificar outras pessoas envolvidas na ação delituosa. Este dispositivo foi modernizado e está hoje presente na atual lei de drogas⁸² que prevê, além do flagrante retardado⁸³, a figura do agente infiltrado⁸⁴.

Assim, com o objetivo declarado de uniformizar a descrição típica das ações ilícitas dos estados-parte, abrangendo pontos até então passados despercebidos, a Convenção de 1988, com viés totalmente repressivo, declaradamente com o propósito de criar mecanismos repressivos e aperfeiçoar os já existentes, internacionalizou de forma definitiva a política americana de “guerra às drogas”.⁸⁵

⁷⁸ Artigo 3, parágrafo 1, inciso b), itens i) e ii), do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

⁷⁹ KARAM, Maria Lúcia. Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais. **Revista Verve**, São Paulo, n. 12, p. 181-212, dez. 2007. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/5456/3903>>. Acesso em: 27 ago. 2017. p. 198.

⁸⁰ Artigo 5, parágrafo 2, do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

⁸¹ Artigo 3, parágrafo 1, inciso c), item iv), do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

⁸² BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 14 maio 2018.

⁸³ Art. 53, II, da Lei 11.343/2006.

⁸⁴ Art. 53, I, da Lei 11.343/2006.

⁸⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 41-43

2 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E A LEGISLAÇÃO DE DROGAS BRASILEIRA

Superada a questão da origem histórica do proibicionismo em âmbito internacional, onde ficou claro o viés político, social, religioso e econômico pelos quais determinadas substâncias passaram a ser etiquetadas como lícitas ou ilícitas, passa-se agora ao momento mais jurídico do tema.

Agora o enfoque o trabalho reside na análise da criminalização da conduta do usuário de drogas no Brasil, mais especificamente o artigo 28 da Lei 11.343/2006. Para tanto, será realizada uma breve análise política de drogas no Brasil ao longo do tempo, depois serão devidamente explicados os conceitos pertinentes que possibilite verificar se há coerência entre criminalização da conduta e o nosso ordenamento jurídico, ao Estado Democrático de Direito, o que se fundamenta, primordialmente, no princípio da ofensividade ou lesividade.

É certo que a opção legislativa de criminalizar o usuário de drogas, fruto do conservadorismo internacional, especialmente dos Estados Unidos, fere ao menos dez princípios constitucionais⁸⁶, todavia, opta-se por abordar o tema sob a ótica de uma análise minuciosa do princípio da ofensividade ou lesividade.

Em que pese a origem filosófica do princípio em tela surgir na época do Iluminismo, mais especificamente no século XVIII com Beccaria e Kant, este princípio apenas aparece como dogma jurídico-positivo, ou seja, foi incorporado às instituições jurídicas, no decorrer do século XX. Talvez por isso não seja levado tão a sério.⁸⁷

Dessa forma, valendo-se de argumentos jurídicos, dedica-se o trabalho a analisar a (in)coerência da criminalização do usuário de drogas à luz do princípio mencionado. Deve-se ter sempre em mente que este é nada menos do que um princípio limitador, ou seja, que impõe limites ao poder punitivo do Estado, sendo tal imposição que nos afasta do cruel Estado Absolutista. Do mesmo modo, constituindo garantias fundamentais dos cidadãos.

Neste sentido, aduz Cezar Roberto Bitencourt, que:

As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do *Iluminismo*, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que

⁸⁶ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 219-225

⁸⁷ SANTOS, Pedro Pagliuca dos. **O princípio da ofensividade como complemento necessário à regra da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. 2014. 151 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 13.

predominou durante o *Estado Absolutista*, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais.

[...]

Hoje poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de *Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito*. Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988.⁸⁸

Ademais, os princípios limitadores, dentre os quais se encontra o aqui enfocado, não se restringem ao momento de aplicação da lei. São inspiradores de todo o nosso sistema normativo, orientadores das diretrizes políticas e fontes interpretativas não só da Constituição, mas também da legislação infraconstitucional.⁸⁹

2.1 A política de drogas no Brasil

Em que pese a análise histórica já realizada, as alterações legislativas em âmbito interno ainda não foram analisadas, sendo esta análise de fundamental importância para que se possa constatar o que levou à criminalização da posse de droga para consumo pessoal e consequentemente a adequação do tipo penal ao princípio da lesividade.

Diferente dos EUA em que políticos, juristas e religiosos protagonizaram a implementação da política proibicionista, o Brasil contou com médicos legistas e psiquiatras, que atribuíam ao atraso social do país o alcoolismo e os narcóticos. A legislação brasileira também sofreu forte influência das Convenções das Nações Unidas das quais o país é signatário. Atualmente tais convenções estão incorporadas ao ordenamento jurídico nacional, eis que o Brasil se comprometera a combater o tráfico, reduzir o consumo e a demanda de drogas.⁹⁰

O primeiro registro que pode ser vinculado ao tema foi em 1603, nas Ordenações Filipinas, no livro V, título 89⁹¹, que dispunha que:

⁸⁸ BITENCOURT, Cezar. Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 51

⁸⁹ Ibidem. p. 51

⁹⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 134-136

⁹¹ RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos**: os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31-32

Nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender rosagar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for boticário examinado e que tenha licença para ter botica, e usar do ofício” não havia, de fato, menção específica sobre entorpecentes, apenas algumas substâncias eram reguladas.⁹²

Ainda na fase Imperial, não há qualquer legislação sobre entorpecentes mesmo após o advento do Código Criminal do Império em 1830, que era silente acerca do tema. Apenas em 1890, após o advento da República, com a edição do primeiro Código Penal Republicano foi previsto como crime “expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários”⁹³ (sic). O crime era punido apenas com multa, mantendo-se o monopólio das substâncias com os boticários e médicos. O uso próprio das substâncias não constituía, ainda, um crime.⁹⁴

Apenas no início do século XX, em 1915 é que a política criminal brasileira para drogas começa a ser definida. Foi neste ano que a Convenção de Haia de 1912 foi promulgada através do Decreto 11.482/1915. Esse marco deu início ao período denominado por Nilo Batista de “modelo sanitário”⁹⁵, o qual se estendeu por meio século. O tratado preconizava a criminalização de entorpecentes, marcando o início do proibicionismo no Brasil.⁹⁶

Por influência desse tratado, foi editado, em 1921, o Decreto 4.294/21 que revogou o artigo 159 do Código Penal, fazendo pela primeira vez referência a alguma substância entorpecente, mencionando expressamente no parágrafo único do art. 1º a cocaína, o ópio e os derivados de ambos. Aquele que vendesse/ministrasse substâncias com qualidade de entorpecente, sem autorização ou as formalidades necessárias, estaria sujeito à pena de um a quatro anos de prisão.⁹⁷

Além disso o referido decreto previa ainda controle sobre o uso do álcool, como pode ser percebido até mesmo em seu preâmbulo, punindo eventuais usuários

⁹² PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**, Livro V, Título LXXXIX, 1603.

⁹³ BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 27 ago. 2018.

⁹⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 136

⁹⁵ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, p. 129-146, out/dez 1997. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/224409641/Nilo-Batista-Politica-criminal-com-derramamento-de-sangue>>. Acesso em: 10 set. 2018. p. 131

⁹⁶ RODRIGUES, op. cit. loc. cit.

⁹⁷ Ibidem. p. 136

com multa ou internação em estabelecimento adequado.⁹⁸ Deve ser ressaltado que a edição do decreto se deu no período da Lei Seca nos EUA, o que certamente influenciou a legislação nacional.⁹⁹

Outro importante marco na legislação brasileira se deu em 1932 quando da edição do Decreto 20.930/32, o qual previa expressamente o rol das substâncias consideradas entorpecentes como cocaína, ópio, *Cannabis*, morfina, dentre outras. No mais, foi a partir dessa legislação que a posse ilícita passou a ser criminalizada e punida com pena privativa de liberdade. O consumo propriamente dito foi criminalizado anos mais tarde, em 1938, por meio do Decreto-lei 891/38, inspirado na 2ª Convenção de Genebra de 1936.¹⁰⁰

Com o Código Penal de 1940, todos os dispositivos penais relacionados à matérias foram revogados, descriminalizando inclusive o consumo de entorpecentes. Entretanto, ao mesmo tempo passa a adotar a técnica legislativa da norma penal em branco,¹⁰¹ além de adotar termos genéricos e imprecisos, ampliando o significado de entorpecentes, demonstrando, assim, um controle mais rígido sobre drogas. Até porque a norma penal em branco confere maior poder às autoridades, ao passo que não dependem de lei em sentido estrito para definir o que é entorpecente.¹⁰²

Apenas em 1964, por influência da ditadura militar, a legislação de drogas tomou força novamente. Entretanto, como bem lembra Maurides Ribeiro “sempre é preciso ter em conta que o principal vetor que preside essas modificações são as convenções internacionais”¹⁰³. Aliás, foi neste ano que a Convenção Única de Entorpecentes de 1961 foi promulgada no Brasil, significando a entrada definitiva do Brasil no combate às drogas em âmbito internacional. Esse período deu fim ao modelo sanitário, e deu início ao modelo bélico, uma vez que o golpe de estado criou condições para a implantação desse modelo. A partir desse momento, o combate às

⁹⁸ BRASIL. **Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

⁹⁹ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 136.

¹⁰⁰ Ibidem. p. 137-140

¹⁰¹ É uma norma de conteúdo vago, impreciso e incompleto, dependendo de uma outra norma jurídica para a complementação de seu conteúdo, seja decreto, portaria, regulamento, lei, resolução, etc. Sem a norma complementadora, a descrição da conduta típica fica incompleta.

¹⁰² RODRIGUES, op. cit. p. 141.

¹⁰³ RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

drogas passa a ser feito por métodos de guerra, ficando a preocupação sanitária relacionada em segundo plano. O usuário passou a ser equiparado com o traficante.¹⁰⁴

Somente em 1976 a legislação foi novamente alterada de forma significativa com a edição da Lei 6.368/76, conhecida como Lei de Entorpecentes. Esta lei compilava toda a matéria de drogas em apenas uma lei especial. Quando justifica tal escolha, um dos membros da comissão que elaborou a lei afirma que “o princípio da autonomia legal que presidiu a feitura do novo estatuto, torna-o flexível e capaz de adaptações às contingências econômicas e, até mesmo, de ordem científica, sem os inconvenientes das modificações reiteradas do Código Penal do país”¹⁰⁵. Acerca dessa afirmação Luciana Rodrigues ressalta: “nota-se, nesse trecho, a clara opção por uma política repressora e anti-garantista, editada com o objetivo de aumentar o controle sobre as drogas”.¹⁰⁶

Em que pese o que acaba de ser dito, não se pode olvidar que a nova lei voltava a diferenciar a conduta do usuário e do traficante, dando tratamento ao usuário diferente daquele dado ao traficante, representando um avanço na época.¹⁰⁷ Esta lei esteve em vigor até 2006, quando foi editada a atual lei de drogas, a Lei 11.343/2006.

A nova lei trouxe grandes inovações no sentido de abrandar o tratamento dado à matéria. Dentre elas, a posse de droga para consumo próprio (art. 28, caput) não é mais punida com pena restritiva de liberdade, fenômeno denominado de descarcerização em que pese tenha mantido a classificação da conduta como crime, além disso equiparou essa conduta à do plantio para consumo pessoal (art. 28, §1º). No mais, o crime de consumo compartilhado (art. 33, §3º), deixou de ser equiparado ao crime de tráfico, tendo sua pena foi reduzida, além da *abolitio criminis* com relação à conduta daquele que utiliza local de sua propriedade para o consumo de drogas, conduta que antes também era equiparada ao tráfico de drogas.¹⁰⁸

¹⁰⁴ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, p. 129-146, out/dez 1997. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/224409641/Nilo-Batista-Politica-criminal-com-derramamento-de-sangue>>. Acesso em: 10 set. 2018. p. 136-137.

¹⁰⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 147

¹⁰⁶ Ibidem. p. 147

¹⁰⁷ RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos**: os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 34

¹⁰⁸ Ibidem. p. 36-37

Outrossim, essa lei adota conceitos éticos, aproximando-a ao sistema de proteção de direitos humanos. Nesse sentido, são fundamentos da lei: “o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade” (art. 4º, I); “o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes” (inciso II).¹⁰⁹

Ocorre que, embora a nova lei tenha apresentado avanços, no sentido de diminuir o caráter repressivo sobre a legislação de drogas, a conduta do porte de drogas para consumo pessoal continua a ser crime, embora não ser mais punida com pena restritiva de liberdade. Desse modo, passa a se verificar se a criminalização está em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial com o princípio da lesividade.

2.2 Princípio da ofensividade x lesividade x exclusiva proteção de bens jurídicos

Este princípio pode ser reduzido pela máxima latina do *nullum crimen sine injuria*, sendo um dos mais importantes axiomas do garantismo penal, como bem defende Luigi Ferrajoli¹¹⁰. Consiste, em síntese, que para determinada conduta seja considerada crime, deve haver lesão ou perigo de lesão a algum bem jurídico tutelado pela norma incriminadora.

Parte da doutrina diferencia princípio da ofensividade de princípio da lesividade, entretanto, tal distinção não é unânime, existindo aqueles que entendem que as expressões são sinônimas. Aqueles que preferem o termo *ofensividade*, em regra, fazem essa opção por entenderem que este termo é mais amplo do que *lesividade*. Isto é, entendem que o termo *lesividade* remete apenas à lesão a bem jurídico, enquanto o termo *ofensividade* engloba, além da lesão, o perigo de lesão.

À exemplo daqueles que diferem os termos, alega Luiz Flávio Gomes:

Nossa preferência pela locução “princípio da ofensividade” deve-se ao seguinte: a ofensa é gênero que comporta a lesão ou perigo concreto de lesão como espécies. Utilizando-se a palavra lesividade poder-se-ia permitir uma certa confusão entre gênero e espécie.¹¹¹

¹⁰⁹ RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37

¹¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

¹¹¹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Porém, para a maior parte da doutrina brasileira os termos são sinônimos e utilizados indistintamente, a exemplo temos Bitencourt¹¹², Nucci¹¹³ e Nilo Batista¹¹⁴. Deste modo, por concordar com a maior parte da doutrina, bem como pela finalidade proposta pelo trabalho, não convém adentrar no mérito dessa discussão, razão pela qual ambos os termos serão tratados como sinônimos neste trabalho.

Todavia, há de ser levada em conta a distinção entre o *princípio da ofensividade* e o *princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos*, um não se confunde com o outro, Bitencourt, ao se referir a este último afirma que “não compete ao Direito Penal tutelar valores puramente morais, éticos ou religiosos”. Isto é, “há uma séria limitação aos interesses que podem receber a tutela do Direito Penal”, diferentemente do princípio da ofensividade onde “somente se admite a configuração da infração penal quando o interesse já selecionado (reserva legal) sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano”¹¹⁵.

Enquanto o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos impõe limites ao legislador quanto àquilo que pode e deve ser protegido pelo direito penal, não autorizando, por exemplo, a criminalização de condutas que vise a proteção da ética, moral, costumes, ideologia ou religião, por não ser esta a função do Direito Penal, mas sim a tutela de bens jurídicos relevantes, isto é, de relações sociais conflitivas valoradas positivamente, o princípio da ofensividade nada tem a ver com o que deve ou pode ser tutelado pelo Direito Penal, mas determina que para que uma conduta seja considerada crime deve haver ofensa (lesão ou perigo de lesão) a um bem jurídico.¹¹⁶

Neste sentido, diferencia os dois conceitos de forma objetiva Luiz Flávio Gomes:

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos não autoriza o castigo penal como simples consequência da violação de um “valor cultural” enquanto tal ou de uma “ideologia determinada”, ou mesmo de uma religião ou de uma regra moral, senão da violação de uma relação humana socialmente relevante, por seu turno, por força do princípio da ofensividade a sanção penal se legitima quando a conduta exteriorizada (e correspondente

¹¹² BITENCOURT, Cezar. Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 65

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 193

¹¹⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 89

¹¹⁵ BITENCOURT, op. cit. p.66

¹¹⁶ GOMES, op. cit. p. 43

à literalidade da descrição legal) cause uma grave (e intolerável) ofensa ao bem jurídico contemplado na norma.¹¹⁷

Nota-se que, embora em suas essências os princípios possuam uma grande diferença, há indiscutível relação de interdependência entre ambos.

2.3 O princípio da ofensividade (ou lesividade)

Como já visto, o princípio da ofensividade é considerado um princípio limitador, é responsável por impor limites ao poder punitivo do Estado, não permitindo a criminalização de qualquer conduta mesmo que imoral ou contra determinada ideologia.

Sobre isso, cabe lembrar que vivemos em um Estado laico, pluralista, fundado no valor da tolerância. É o que se extrai do preâmbulo da Constituição Federal¹¹⁸, assim, percebe-se que um dos valores mais importantes em nossa sociedade é a tolerância. Desse modo, não pode o Estado impor determinada visão política, ética ou religiosa. Em síntese, “o estado não pode estabelecer uma moral, em lugar disso, deve garantir um âmbito de liberdade moral.”¹¹⁹

Neste sentido assinala Zaffaroni:

Uma lei ou uma sentença que pretenda impor normas morais, cominando ou aplicando pena por um fato que não lesione ou exponha a perigo o direito alheio, é ilícita e sua ilicitude atinge a todos que se beneficiam ou podem beneficiar-se do respeito ao âmbito da autonomia moral que a Constituição estabelece.¹²⁰

Aliás, essa proibição provém do processo de secularização, isto é, da separação histórica entre religião e Estado, entre direito e moral, processo esse que foi inspirado pelo Iluminismo, que defendia que uma proibição apenas encontra legitimidade contra ações reprováveis em razão de seus efeitos lesivos a terceiros pessoas. Ou seja, o Direito penal só pode ser justificado para a defesa de uma ordem externa, não podendo servir para o aperfeiçoamento interno do indivíduo, razão pela qual o delito não pode ser uma violação moral, mas sim uma violação jurídica. Neste

¹¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41

¹¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 maio 2018.

¹¹⁹ ZAFFARONI, Eugênio Raul et, al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. v. 1. p. 225.

¹²⁰ Ibidem. p. 226.

sentido reside o a *transcendentalidade* do resultado jurídico, isto é, o resultado deve transcender a terceiros, não podendo se restringir ao próprio autor da ação.¹²¹

Assim, o princípio da lesividade, como limitador da criminalização obsta a instalação do Estado de polícia em razão do excesso de criminalização primária¹²². Neste sentido aborda-se neste trabalho duas correntes doutrinárias quanto à função do princípio da ofensividade. Uma elenca duas funções e outra quatro. A adoção dessas duas se justifica por não serem contraditórias, pelo contrário, são complementares, pois enquanto a primeira aborda basicamente o momento em que o princípio incide no mundo real, a segunda determina os limites em si impostos pelo princípio.

A primeira corrente, defendida por Luiz Flávio Gomes¹²³, entende que o princípio possui uma dupla função, a *político-criminal* e a *interpretativa ou dogmática*, enfatizando que as duas se complementam. Para a compreensão das funções, há de se esclarecer primeiro que o autor entende o princípio como critério limitador da *intervenção penal*, sendo esta dividida em duas dimensões, *subjettiva* e *objetiva*.

A primeira dimensão, seria o *ius puniendi*, compreendido em três momentos: “(a) o direito de ameaçar com penas (o direito de criminalizar); (b) o direito de impor a penas (é a pretensão punitiva que surge a partir do instante em que acontece a infração penal); (c) o direito de executar a pena imposta (é a pretensão executória)”. Já o sentido objetivo, o *ius poenale*, consiste no conjunto de regras e princípios que determinam o delito e suas consequências jurídicas, é o que define a esfera do proibido e do punível.¹²⁴

Uma vez compreendido o conceito de intervenção penal trazido pelo autor, pode-se analisar, com propriedade, as funções do princípio limitador desta. São elas:

a) função *político-criminal*; constitui um limite no momento de criminalizar determinada conduta. Isto é, configura um limite ao direito de punir do Estado (ao *ius puniendi*) e está direcionada ao legislador, orientando que os tipos penais devem ser criados respeitando o axioma *nulla lex sine injuria*.

¹²¹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 81

¹²² Criminalização primária consiste na proibição de determinada conduta, positivar, tipificar, colocar na lei e difere da criminalização secundária que diz respeito à ação punitiva exercida sobre as pessoas, ou seja, quando as agências policiais detectam que um indivíduo, supostamente, praticou um ato criminalizado primariamente.

¹²³ GOMES, op.cit. p. 81

¹²⁴ Ibidem. p. 24.

b) função *interpretativa ou dogmática*; constitui um limite ao Direito penal (ao *ius poenale*). É uma função de natureza material dirigida ao aplicador da lei, que deve constatar *ex post factum* se há no caso levado até sua presença lesão ou perigo concreto de lesão a algum bem jurídico.

Já Nilo Batista, defende quatro funções do princípio da lesividade: (a) proibir a incriminação de uma atitude interna; (b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; (c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; e (d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.¹²⁵

Da primeira função extrai-se que o indivíduo não pode ser punido por aquilo que pensa, por suas ideias, mesmo que direcionadas ao cometimento de um crime (*cogitationis poenam nemo patitur*). O Direito Penal leva em consideração o pensamento do indivíduo no momento de averiguação da culpabilidade do agente (se a conduta foi praticada intencionalmente), todavia, exige-se que a conduta interna do indivíduo esteja atrelada a outra externa.

Já a segunda função remete que o ato para ser considerado delituoso deve não apenas ferir um bem jurídico, mas ferir um bem jurídico de outra pessoa. Isto é, não pode ser alvo de tutela penal a atitude que não extrapole a esfera do próprio autor da ação, é que o se observa na impossibilidade de punir, por exemplo, a autolesão e a tentativa de suicídio, que embora o autor esteja ferindo claramente um bem jurídico esta lesão não ultrapassa a esfera do próprio autor, não sendo passível, portanto, de punição. Assinala o autor ainda que “o artigo 28 da lei nº 11.343, de 23.ago.2006, incrimina o uso de drogas, em franca oposição ao princípio da lesividade.”¹²⁶

A terceira função não impede que o Direito Penal deixe de levar em consideração o homem e sua existência social em todos os momentos, pelo contrário, quando da aplicação da pena (culpabilidade) e de sua execução, este aspecto é especialmente apreciado. O que esta função proíbe é a incriminação da simples condição ou estado de uma pessoa, exigindo a necessidade de uma ação com fim lesivo.

Por fim, a última função, exige que a norma apenas possa incriminar aquela conduta que fere algum bem jurídico penalmente tutelável, sendo vedada a incriminação de condutas que só podem ser objetos de apreciação moral.

¹²⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 89-92.

¹²⁶ Ibidem. p. 90.

Por tudo quanto exposto, há agora conteúdo suficiente para analisar o que propõe o presente trabalho, isto é, a adequação da criminalização da conduta do usuário de drogas (artigo 28 da lei 11.343 de 2006) ao princípio limitador da ofensividade. Antes, porém, é oportuno demonstrar a incidência desse dispositivo em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que este não consta expressamente em nenhum diploma legal.

Em que pese a falta de disposição expressa do princípio em tela, pode-se perceber a sua presença não só no texto constitucional, mas também na legislação ordinária. Em plano constitucional, deve-se atentar que o texto maior claramente prevê a intervenção estatal quando da lesão ou ameaça (perigo de lesão) a algum bem jurídico, senão vejamos o disposto no art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Do mesmo modo, ainda na Lei Maior, quando trata da competência dos juizados especiais, o artigo 98, inciso I da Carta Magna¹²⁷ prevê que será de competência dos juizados especiais as infrações penais **de menor potencial ofensivo** remetendo, novamente, à ideia de que deve haver ofensa a algum bem jurídico para a tutela penal.

Já na esfera da legislação ordinária, pode-se perceber a presença do princípio no artigo 17 do Código Penal¹²⁸, que afirma que não é punível o crime impossível. Ou seja, mesmo que o agente pratique uma ação reprovada socialmente, tal como esfaquear um morto, sua conduta não afeta nenhum bem jurídico. Neste sentido, observa Luiz Flávio Gomes que “isso comprova que no Brasil o prioritário é o desvalor do resultado (é a afetação do bem jurídico), não o desvalor da ação.”¹²⁹ Igualmente se observa que o artigo 13¹³⁰ do mesmo diploma legal, exige que para a existência de um crime, deve haver um resultado (violação de um bem jurídico).

Embora já bem explicado o conteúdo e as funções do princípio da lesividade, bem como demonstrada a sua incidência em nosso ordenamento jurídico, para a

¹²⁷ **Art. 98** - A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

¹²⁸ **Art. 17** – Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

¹²⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 62.

¹³⁰ **Art. 13** – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

perfeita compreensão deste princípio, faz-se necessário abrir um tópico dedicado à explanação, mesmo que sucinta, do *bem jurídico*, em razão de suas recíprocas relações, conexões e implicações com o princípio ora estudado, como já pôde ser percebido.

2.4 O bem jurídico

De plano, importante ressaltar que, embora o senso comum nos leve a acreditar que um bem jurídico seria ferir determinado direito em si, isso não de toda verdade, uma vez que o bem jurídico seria o direito de dispor de um determinado direito. Desse modo, a lesão a determinado bem jurídico seria o impedimento para que o titular de um direito pudesse dispor do mesmo como bem entendesse.

Por exemplo, diz-se que o bem jurídico tutelado pelo crime de homicídio é a vida. Entretanto, o bem jurídico nesse caso é o direito de dispor de sua vida, a partir do momento que alguém mata outra pessoa, o criminoso impediu que o titular do direito pudesse dispor do mesmo. Tanto é verdade que se um indivíduo tentar se suicidar não será punido por isso, uma vez que ele pode dispor do seu direito à vida como bem entender.¹³¹

Neste sentido, bem explica Zaffaroni:

Na realidade, embora não seja incorreto afirmar que a honra é um bem jurídico, isto não passa de uma abreviatura, porque o bem jurídico não é propriamente a honra, e sim *o direito de dispor da própria honra*, como o bem jurídico não é a propriedade, e sim *o direito de dispor dos próprios direitos patrimoniais*.

[...]

Dito de uma forma mais simples: *os bens jurídicos são direitos que temos a dispor de certos objetos*.¹³²

Ocorre que, o estudo de bem jurídico vem sendo alvo de controvérsias e mudanças constantes desde o século XVII. Inicialmente, tinha-se a ideia de objeto do delito (bem jurídico) apenas um direito subjetivo natural da pessoa, que consistia nos meios necessários para preservá-la, tais como a liberdade, saúde, vida, integridade física, etc. Essa ideia foi ampliada a ponto de entender o interesse do Estado como

¹³¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 416.

¹³² Ibidem. p. 416.

um bem jurídico passível da tutela penal, o que levou à legitimação de diversos regimes totalitários.¹³³

Entretanto, essa ideia perdeu força dando espaço para que valores ético-culturais se tornassem bem jurídicos tutelados penalmente, de modo que nesse período há uma confusão entre direito e moral, já que comportamentos considerados imorais estavam passíveis de sanções penais.¹³⁴

Em síntese, o conceito de bem jurídico está em constante mudança, o que fica evidente e claro com a explicação Ferrajoli que completa sua ideia com as palavras de Beccaria:

Tampouco pode-se dizer que existem delitos castigados em todo tempo e lugar por se oporem à moralidade média, ao sentimento comum ou a critérios similares. Ao contrário, não existe conduta delituosa que não tenha sido permitida em outros tempos, nem conduta lícita que não tenha sido, outrora, proibida.¹³⁵ “Quem quer que leia com olhar filosófico os códigos das nações e seus anais” – escreve Beccaria –, “verá quase sempre que são trocados os nomes de *vício* e de *virtude*, de *bom cidadão* ou de *réu*, com as revoluções dos séculos”.¹³⁶

Certo é que atualmente há ainda divergência para a definição do conceito de bem jurídico, todavia, Luís Greco em sua obra¹³⁷ traz uma conceituação completa do termo apresentando mais de um ponto de vista e justificando sua adesão a uma ou outra. Primeiro afirma que há uma distinção entre dois conceitos de bem jurídico, sendo o um de uma perspectiva dogmática e outro de uma perspectiva político-criminal, sendo este último de maior interesse para o presente estudo, uma vez que trata é ele que impõe limites ao poder de incriminar.

Quanto ao conceito da perspectiva dogmática não há interesse em estudá-lo, uma vez que se restringe à conclusão de que toda norma possui um bem jurídico, de modo que só se pode identificar o bem jurídico após a existência de uma norma, deixando esse conceito à disposição do legislador, “só se pode dizer se algo é um bem jurídico se o legislador assim houver decidido.”¹³⁸

Quanto à perspectiva político-criminal, o autor enumera três questões fundamentais para definir o conceito de bem jurídico.

¹³³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 429-430.

¹³⁴ Ibidem. p. 431.

¹³⁵ Ibidem. p. 424.

¹³⁶ Beccaria (apud FERRAJOLI, 2014. p. 424).

¹³⁷ GRECO, Luis. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**: com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. passim.

¹³⁸ Ibidem. p. 77

A primeira questão diz respeito à necessidade de que aquilo que se diz tutelar com a norma (o interesse, valor, pretensão de respeito, etc.) tenha importância significativa para garantir o bem-estar ou a existência de *alguém*, de modo que a inexistência da norma ameaçaria esta condição.¹³⁹

É certo que a Constituição traz um rol extenso de bens jurídicos, mas também é certo que nem todos são passíveis de intervenção penal, mas tão somente aqueles valores considerados fundamentais. Para tanto, deve-se fazer um sopesamento entre o dano causado pela violação ao bem jurídico e o dano causado pela pena.

Quanto a essa questão a doutrina é de certa forma pacífica, a exemplo, entendem também dessa forma Zaffaroni e Nilo Batista¹⁴⁰, Gilmar Mendes¹⁴¹, Pacelli¹⁴² e Busato.¹⁴³

A segunda questão concerne ao “*alguém*”, isto é, para quem o bem jurídico deve ser importante. Essa questão possui três correntes de entendimento, a *dualista*, a *monista-pessoal* e a *monista-estatal*.

A corrente *dualista* entende que existem duas classes de bens jurídicos, os individuais e coletivos, não podendo uma classe ser incluída na outra de modo que exista apenas uma delas, uma vez que ambas as classes são legítimas e admissíveis. Já a corrente *monista-pessoal* entende que os bens jurídicos relativos à coletividade só podem ser bens jurídicos enquanto se referir a indivíduos singulares, entendem que a coletividade puramente não pode ser objeto de tutela do direito penal. Por fim, a corrente *monista-estatal* entende que os bens jurídicos se resumem a um mero reflexo do interesse do Estado, seria o oposto da corrente monista-pessoal, por quanto defende que bens jurídicos individuais não são passíveis de proteção, e quando são apenas são por ser interesse do Estado proteger aquele bem jurídico individual. Essa última corrente já não é mais sustentada atualmente, até porque é evidentemente autoritária, portanto não deve prosperar.¹⁴⁴

¹³⁹ GRECO, Luis. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**: com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 85

¹⁴⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul et, al. **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. v. 1. p. 228

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14-15

¹⁴² PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 24

¹⁴³ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. v. 1. p. 341

¹⁴⁴ GRECO, Luis. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**: com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 85-86.

A corrente monista-pessoal também não deve prosperar por encontrar dificuldades em reduzir determinados bens jurídicos coletivos a individuais. Como exemplos de bens jurídicos irreduzíveis pode-se citar o meio ambiente, a fé pública e o Estado em si. Inclusive a tutela desses dois últimos bens jurídicos estão longe de serem uma novidade do direito penal moderno, tendo em vista que a falsificação de moeda e a corrupção, que ferem respectivamente os bens jurídicos mencionados, fizeram parte de todas as legislações desde os tempos mais remotos.¹⁴⁵

Desse modo, para a conceituação aqui proposta devemos partir da teoria dualista do bem jurídico, tendo em vista que essa é a única teoria que não encontra qualquer problema em reconhecer determinado bem jurídico como coletivo e outro como individual, pois entende que as duas classes de bens jurídicos, como já citado, são legítimas e admissíveis.¹⁴⁶

Resta a terceira e última questão, que diz respeito a como o bem jurídico deve ser entendido, se como uma *realidade fática* ou uma *entidade meramente ideal*. Enquanto aqueles que entendem o bem jurídico como uma *realidade fática* buscam fixar o bem jurídico na realidade, o entendimento de daqueles que consideram o bem jurídico um ideal, defendem que o bem jurídico existe antes mesmo da existência da norma, e estão relacionados, principalmente, a valores.¹⁴⁷

Dentre os que defendem a corrente realista, Juarez Tavares, afirma que embora o bem jurídico possua aspectos tanto materiais como ideais, seu caráter concreto predomina. Aliás, é em atenção a este caráter que o legislador deve vincular a sua seleção de crimes, uma vez que apenas quando verificado na relação social que se manifesta é que o bem jurídico pode ser identificado.¹⁴⁸

Nesse mesmo sentido Greco repulsa a ideia de que o bem jurídico pode ser transformado em um ideal ou um valor, uma vez que tal transformação permitiria que o legislador entendesse o que quisesse como bem jurídico, isto é, ficariam sem qualquer limite para legislar, uma vez que qualquer proibição pode facilmente ser vinculada a algo que não pode ser verificado no mundo concreto. Ressalta ainda que

¹⁴⁵ Ibidem. p. 87

¹⁴⁶ Ibidem. p. 86-87

¹⁴⁷ Ibidem. p. 87-88

¹⁴⁸ TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 0, p. 75-87, jan/1992. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/42690503/criterios-de-selecao-de-crimes-e-cominacao-de-penas-juarez-tavarez>>. Acesso em: 27 maio 2018. p. 80-81.

a realidade a que se refere não é aquela que pode ser observada, empírica, uma vez que a honra, por exemplo, é uma realidade, mesmo que não possa ser verificada empiricamente. O mundo real não se esgota naquilo que as ciências naturais podem verificar.

Em sentido oposto, temos Busato, que embora utilize termos diferentes, possuem a mesma essência dos termos utilizados pelos autores citados.¹⁴⁹ Esse autor entende que se entendido o bem jurídico como uma realidade fática (imanentismo), estaria o direito penal muito restrito e incapaz de tutelar o que acontece na sociedade moderna, tendo em vista sua complexidade e a velocidade em que ocorrem mudanças. Entende que entender o bem jurídico como um ideal (transcendentalismo) é a melhor escolha, uma vez que apenas assim é possível abarcar tudo aquilo que deve ser tutelado na moderna sociedade. Ressalta que o legislador não teria o poder de reduzir a crime qualquer conduta que quisesse, eis que estaria impedido pelos princípios limitadores do Direito Penal, tal como o princípio da legalidade, da intervenção mínima e culpabilidade, e o princípio da proporcionalidade.¹⁵⁰

Ocorre que o bem jurídico deve desempenhar função restritiva, adotando-se, portanto, a ideia de bem jurídico material, até porque tal entendimento não exclui a possibilidade de uma norma penal tutelar bens jurídicos imateriais (valores). Nesse sentido, bem explica o porquê de tal escolha Luiz Regis Prado:

O conceito material de bem jurídico reside na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para determinado sistema social em um dado momento histórico-cultural.¹⁵¹

Importante frisar que, tal explanação do autor observa precisamente o que aponta Ferrajoli¹⁵², já citado acima, quanto à ideia de que determinado valor pode ser passível de tutela em dado momento e em outro não. Continua Prado:

encontram-se na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação de condutas. O fundamento primeiro da

¹⁴⁹ Busato utiliza os termos *imanentismo* e *transcendentalismo*, o primeiro termo se refere à corrente que entende o bem jurídico como uma *realidade fática*, enquanto o *transcendentalismo* concerne àqueles que entendem o bem jurídico como um ideal.

¹⁵⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. v. 1. p. 350-351

¹⁵¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 114

¹⁵² Vide nota 136

ilicitude material deita, pois, suas raízes no texto magno. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva.¹⁵³

Aliás, quanto à função restritiva do bem jurídico, segundo Luiz Regis Prado, pode ser subdividida em quatro funções, a saber, *função de garantia*; *função teleológica*; *função individualizadora* e *função sistemática*. Pacelli segue a mesma ideia¹⁵⁴ de Prado, embora apresente apenas três funções. Ocorre que quanto à quarta função trazida por Prado, não tem relação com o caráter restritivo do conceito de bem jurídico, vez que se limita a ser elemento decisivo para classificar em grupos os tipos da parte especial do Código Penal.

A *função de garantia* diz respeito ao limite que deve ser observado quando da formulação da norma, isto é, impede que sejam tutelados pelo direito penal bens jurídicos que não apresentem efetiva necessidade de tal intervenção estatal. Em outras palavras, restringe o *jus puniendi* do estado.¹⁵⁵

A *função teleológica* nada mais é do que um critério de interpretação dos tipos penais. Ou seja, o intérprete deve verificar se determinado tipo penal está realmente protegendo determinado bem jurídico, estando a esta condição condicionada o alcance da norma.¹⁵⁶

A *função individualizadora* observa a gravidade da lesão causada a determinado bem jurídico pela prática de um crime, sendo tal análise levada em consideração quando da aplicação da pena. Por exemplo, o crime tentado sempre terá sua pena diminuída em relação ao consumado.¹⁵⁷

Por tudo quanto foi exposto, sendo apresentada as diversas correntes de pensamento e justificada a escolha por uma ou outra, o conceito de bem jurídico pode ser definido como “um ente (dado ou valor social) material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso jurídico-penalmente protegido.”¹⁵⁸

¹⁵³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 114.

¹⁵⁴ PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 28.

¹⁵⁵ PRADO, op. cit. loc. cit.

¹⁵⁶ Ibidem. p. 114.

¹⁵⁷ Ibidem. p. 114.

¹⁵⁸ Ibidem. p. 219.

2.5 Crimes de dano, perigo concreto e perigo abstrato

Tendo em vista a teoria do bem jurídico e o princípio da ofensividade, já explicados anteriormente, deve sempre haver atenção quanto à legitimidade da norma. Isto é, para que uma conduta seja passível de incidência do direito penal, faz-se necessário que essa conduta gere algum dano. Entretanto, é possível também que uma conduta seja tutelada penalmente pelo simples perigo de dano, quando não há um dano efetivo ao bem jurídico tutelado. Nesse sentido, há três classificações de crime quanto ao resultado, os crimes de dano, perigo concreto e perigo abstrato.

Quanto ao *crime de dano* não há maiores problemas quanto à sua definição e sua legitimidade, uma vez que nessa espécie, é necessário que a conduta cause algum dano efetivo ao bem jurídico tutelado pela norma, nesse sentido, quando ausente o dano, pode ser caracterizada a tentativa (quando o agente não consuma o crime por circunstâncias alheias à sua vontade) ou mesmo um indiferente penal, uma conduta atípica que não merece a tutela do direito penal.¹⁵⁹

Esses crimes são os “mais comuns”, de mais fácil constatação, pois exigem um resultado material para a sua caracterização. A exemplo de crimes de dano pode-se citar o homicídio, lesão corporal, furto, roubo, dentre outros.¹⁶⁰

Os *crimes de perigo* são mais delicados, devendo ter uma atenção maior no sentido de se o legislador, ao editar a norma, não extrapolou os limites do poder punitivo estatal, impostos pelos princípios limitadores, dentre os quais o princípio da lesividade. Os crimes de perigo recebem ainda duas classificações, os crimes de perigo *concreto* e *abstrato*, sendo este o último o mais delicado de todos, como se verá logo adiante.

Quanto aos crimes de perigo concreto, Bitencourt conceitua:

Concreto é aquele que precisa ser comprovado, isto é, deve ser demonstrada a situação efetiva de risco ocorrida no caso concreto ao bem juridicamente protegido. O perigo é reconhecível por uma valoração da probabilidade de superveniência de um dano para o bem jurídico que é colocado em uma situação de risco, no caso concreto.¹⁶¹

Nesse mesmo sentido, Pacelli complementa afirmando que é função do juiz identificar a ocorrência do perigo como elemento do tipo, e assinala que esses tipos

¹⁵⁹ BITENCOURT, Cezar. Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 292-293.

¹⁶⁰ Ibidem. p.292-293.

¹⁶¹ Ibidem. p. 293

de delitos (perigo concreto) “requerem que a ação produza um resultado de concreto perigo de lesão imediata ou próxima para algum bem jurídico”¹⁶², afastando a possibilidade de a ação produzir perigo em futuro distante. A exemplo desse tipo de crime, temos o abandono de incapaz (art. 134, CP).

Se nos crimes de perigo concreto a mera ação não é passível de punição, devendo ser demonstrada a efetiva situação de perigo ao bem jurídico tutelado, nos crimes de *perigo abstrato* isso não ocorre, bastando a mera realização da conduta para a consumação do crime. Nessa hipótese o legislador presume eventual perigo a determinado bem jurídico (*juris et de jure*)¹⁶³.

Tendo em vista que o legislador tem a discricionariedade de definir qual conduta pode ser punida sem que sequer seja demonstrado efetivo perigo ao bem jurídico que a norma diz tutelar, qualquer inobservância aos princípios limitadores do *jus puniendi* enseja uma expansão desmedida do Direito Penal. Segundo Bitencourt, “nos delitos de perigo abstrato é necessário demonstrar, pelo menos, a *idoneidade* da conduta realizada pelo agente para produzir um potencial resultado de dano ao bem jurídico, visto desde uma perspectiva genérica.”¹⁶⁴

Assim, o maior problema enfrentando nessa espécie de delito é inexigibilidade de comprovação do perigo, o que vai de encontro aos ideais do moderno Direito Penal da culpabilidade, já que este não admite a punição de mera realização da conduta descrita no tipo penal com a simples presunção de perigo, razão pela qual essa espécie de delito se mostra extremamente delicada.¹⁶⁵

¹⁶² PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 200

¹⁶³ BITENCOURT, Cezar. Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1. p. 293.

¹⁶⁴ Ibidem. p. 293.

¹⁶⁵ PACELLI, op. cit. loc. cit.

3 CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS E O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

Já descrito o curso histórico da legislação de drogas em âmbito internacional e nacional, tendo essa sofrido forte influência daquela, há elementos suficientes para verificar se a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal realmente cumpre a função a que se propõe, isto é, se realmente tutela o bem jurídico que se diz tutelar.

Do mesmo modo, explicados os conceitos do princípio da lesividade e de bem jurídico, podemos finalmente chegar ao problema de pesquisa. Analisar o proibicionismo como método adotado, bem como se a referida criminalização do porte de drogas para consumo pessoal se adequa ao princípio da lesividade e, consequentemente. Antes, porém, devem ser analisados criticamente alguns aspectos importantes referentes ao tipo penal em tela.

3.1 O artigo 28 da lei 11.343/2006 e o princípio da lesividade: a saúde pública como bem jurídico tutelado

A problemática da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal gira em torno de um ponto relevante, qual seja, ser a saúde pública o bem jurídico tutelado.

Antes de analisar a saúde pública como bem jurídico que se diz defender com a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, há de se fazer uma breve ressalva quanto ao *especial fim de agir*, integrante do tipo penal em comento.

Trata-se de elemento subjetivo do tipo penal que figura ao lado do dolo para a realização do próprio ilícito. Isto é, determinadas normas incriminadores exigem que concorram, além do dolo, determinados elementos subjetivos para que o tipo penal seja satisfeito por completo, elementos esses que particularizam a conduta tipificada, “o desvalor da ação não se esgota no dolo, exige-se algo mais”.¹⁶⁶

Nesse sentido, a doutrina classifica os delitos como delitos de *intenção*, *tendência* e *expressão*. Aqui será analisado apenas os chamados *delitos de intenção*, uma vez que são desnecessários os outros para o objetivo do trabalho. Nas palavras de Luiz Regis Prado¹⁶⁷:

¹⁶⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 305

¹⁶⁷ Ibidem.

Delitos de intenção: são delitos dos quais o autor busca uma finalidade expressa no tipo (intenção de realizar certos atos posteriores), mas que não precisa necessariamente alcançar. Faz parte do tipo de injusto uma finalidade transcendente: um especial *fim* de agir.

A exemplo, o artigo 155, do Código Penal que tipifica o crime de furto, exige que, além de subtrair coisa alheia móvel, deve ser tal coisa **para si ou para outrem**. Do mesmo modo, o artigo 216-A do mesmo diploma legal, que versa sobre o assédio sexual, exige que o agente pratique a conduta **com o intuito de**.

Nesse mesmo sentido, o artigo 28, da Lei 11.343/06 é claro ao exigir um *especial fim de agir*, porquanto traz expressamente que o porte de drogas deve ter a finalidade específica de ser para consumo pessoal, senão vejamos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, **para consumo pessoal**, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.¹⁶⁸

Desse modo, está claro que o dispositivo já apresenta flagrante contradição com o bem jurídico que se diz tutelar. Ora, se o próprio tipo penal assevera que a posse de drogas deve ter como finalidade o **consumo pessoal**, está por afirmar que a conduta não extrapola a vida privada do agente, não atinge terceiros, não sendo passível, portanto, de tutela penal.¹⁶⁹

Nesse sentido, é ilegítima a tutela penal do estado quando houver qualquer intervenção nas opções pessoais do agente, tendo em vista a que em decorrência do processo de secularização, inspirado no Iluminismo e responsável pela separação em direito e moral, a Constituição contempla valores do pluralismo, da tolerância e do respeito a diversidade. Desse modo, o indivíduo tem autonomia para agir como bem entender, desde que sua conduta não afete bem jurídico de terceiro, direito hoje consubstanciado no princípio da ofensividade.¹⁷⁰

Ocorre que argumenta-se que o bem jurídico que, supostamente, é tutelado pelo artigo 28 da Lei de Drogas é a “saúde pública”, supondo o legislador que a conduta do agente estaria pondo em risco a saúde de todos os indivíduos abstratamente considerados pela norma. Todavia, o que na verdade ocorre, é que o dispositivo está antecipando a punição de eventual lesão, sob o pretexto de que o

¹⁶⁸ BRASIL. Art. 28, *caput*, da Lei 11.343/06. (Grifo nosso).

¹⁶⁹ GARCIA, Roberto Soares. A inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, edição especial. p. 6-8. out 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim239A.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

¹⁷⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 409-410

usuário de drogas além de influenciar outras pessoas ao consumo, é também um potencial delinquente, bem como incentiva o tráfico de drogas por manter “um mercado de consumo”.¹⁷¹

Contudo, a criminalização de uma conduta por ser potencial influenciadora ao cometimento de outros crimes, no caso se considerar o usuário como potencial delinquente, se mostra completamente contrária ao princípio da lesividade, é uma punição antecipada de um provável delito futuro, o que caracteriza uma expansão ilegítima do poder punitivo estatal.¹⁷² Aliás, essa conduta do legislador, “como já defendia Beccaria, acaba por criar novos crimes ao invés de prevenir o cometimento dos já existentes.”¹⁷³ Assim, não é possível criminalizar uma conduta por supor que essa será catalizadora de novos crimes. Do mesmo modo, não há que se falar na criminalização sob o pretexto de ser o usuário influenciador ao consumo, tendo em vista que para a concretização dessa justificava deve haver ação voluntária de outro indivíduo. Nesse sentido, Zaffaroni traz as palavras de Nino:

assinalava haver ao menos quatro classes de danos a terceiros que não podem computar-se como justificativa para interferir na autonomia de um indivíduo: [...] **b)** o que se produz não diretamente pela ação em questão, senão pela interposição de outra ação voluntária.¹⁷⁴

Quanto à justificativa de que o usuário é responsável por manter um “mercado de consumo” e, portanto, ser fundamental para a manutenção do tráfico de entorpecentes, de fato, é verdade. Todavia, tal argumento será enfrentado de forma mais enfática mais adiante no trabalho, quando da análise das consequências da criminalização das drogas, por ora, suficiente aduzir que, como já dito neste trabalho, o consumo de drogas está presente desde o início da humanidade, nesse sentido, Maria Lucia Karam:

a realidade tem mostrado que, por maior que seja a repressão, esse quadro não muda: sempre há e haverá quem queira usar essas substâncias. E, havendo quem queira comprar, sempre haverá pessoas querendo correr o risco de produzir e vender.¹⁷⁵

¹⁷¹ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; NOTTINGHAM, Andréa de Boni. O garantismo e a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal pelo supremo tribunal federal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 64, p. 125-145, jan./mar. 2017. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-de-direito-publico-da-economia-rdpe-1/2017-v-16-n-64-jan-mar>>. Acesso em: 5 set. 2018. passim.

¹⁷² Ibidem. passim.

¹⁷³ Beccaria (2011, p. 115 apud SANTIAGO, 2017).

¹⁷⁴ Nino, Carlos S. (p. 307 apud Zaffaroni; Batista 2006, p. 229).

¹⁷⁵ KARAM, Maria Lúcia. Dez anos da lei 11.343/2006 = dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 2, n. 22, p. 18-27, maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/liberdades22.pdf>>. Acesso em: 29 nov 2018. p. 18.

Outrossim, o §1º do artigo 28 da Lei de Drogas, proíbe expressamente o cultivo e colheita de plantas destinadas à preparação de drogas **para consumo pessoal**, tal conduta se mostra extremamente acessível aos usuários no caso, por exemplo, da maconha, tradicionalmente a droga proibida mais consumida. Evidentemente essa conduta não está vinculada ao mercado ilícito de drogas, não sendo capaz de financiá-lo por não criar um “mercado de consumo”. Nesse caso, claramente essa justificativa se mostra prejudicada.¹⁷⁶

Sendo assim, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, sob o pretexto de proteger a saúde pública, não passa de um mecanismo retórico e abstrato para legitimar a punição dos usuários de drogas, que consiste, senão em uma opção pessoal do agente, revelando uma clara tendência moralizadora do direito penal, que se mostra em total contradição com os preceitos e princípios constitucionais, em especial o da ofensividade¹⁷⁷. Nesse sentido entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do julgamento da posse de drogas ainda na vigência da antiga lei (Lei 6.368/76):

PENAL. ART. 16 DA LEI 6368/76. AUSENCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. INCONSTITUCIONALIDADE. (UNÂNIME)

- A Lei anti-tóxicos brasileira é caracterizada por dispositivos viciados nos quais prepondera o “emprego constante de normas penais em branco (...) e de tipos penais abertos, isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas” (ver: Salo de Carvalho, “A Política Criminal de Drogas no Brasil: do discurso oficial às razões da descriminalização”, Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 33-34).

- Diante destes dados, tenho como limites ao labor na matéria, a principiologia constitucional impositora de freios à insurgências punitiva estatal. Aqui interessam primordialmente os princípios da dignidade, humanidade (racionalidade e proporcionalidade) e da ofensividade.

- No Direito Penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (caso em tela), crimes impossíveis, atos preparatórios: **o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros.**

- Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático não admite crime sem vítima. **Repito, a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida - bem jurídico maior - atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional!**

¹⁷⁶ FIGUEIREDO, Emílio Nabas. O cultivo doméstico de cânabis para consumo. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20. edição especial. p. 19-20. out. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim239A.pdf>>. Acesso em: 5 set 2018. p. 19-20.

¹⁷⁷ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. passim.

- Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa del Olmo, Maria Lúcia Kanam e Salo de Carvalho.¹⁷⁸

Na verdade, o que ocorre no delito de porte drogas não é a tutela da saúde pública, mas sim o da integridade física, e tendo em vista os envolvidos na situação (unicamente o próprio portador/usuário da droga), impõe notar que a conduta é autônoma, consistindo em uma autolesão, o que no nosso ordenamento, por força do princípio da lesividade, não é passível de tutela penal¹⁷⁹. É por essa razão e por força desse princípio que a tentativa de suicídio, por exemplo, não é considerada crime. Criminalizar a posse de drogas significa violar a autonomia do ser humano, haja vista a autonomia da conduta. Trata-se de um fenômeno denominado “paternalismo estatal”, onde o Estado julga saber o que é melhor para proteger o indivíduo, tratando-o como criança.¹⁸⁰

Por tudo quanto foi exposto, conclui-se que o artigo 28 da Lei de Drogas não possui como bem jurídico tutelado a saúde pública, estando em contradição com o princípio da lesividade. O que pôde ser percebido tanto pela análise do especial fim de agir da norma, que não admite que a conduta extrapole a vida do próprio agente, tanto pela insubsistência das justificativas apresentadas para legitimar o dispositivo.

Ainda, a criminalização do porte de drogas traz problemas além do mundo jurídico, apresentando consequências danosas no mundo concreto, como se verá a seguir.

3.2 Objetivos e resultados alcançados com o proibicionismo, a chamada “guerra às drogas”

A declarada “guerra às drogas” tinha como objetivo principal a erradicação ou, pelo menos, a diminuição da produção e consumo de drogas ilícitas. Entretanto, a política proibicionista gerou efeito exatamente inverso, ao passo que não houve

¹⁷⁸ RIO GRANDE DO SUL. Apelação Crime. **AC nº 70004802740/RS**. 5ª Câmara Criminal. Apelante: Luis Carlos Rodrigues Rosa. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 7 de maio de 2003. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70004802740&num_processo=70004802740&codEmenta=646227&temIntTeor=true>. Acesso em: 5 set. 2018.

¹⁷⁹ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 407-408

¹⁸⁰ MARONNA, Cristiano. Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, edição especial. p. 4-6, outubro 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim239A.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

nenhuma redução significativa da disponibilidade de tais substâncias consideradas ilícitas, mas sim se tornaram mais baratas, potentes, diversificadas e ainda mais acessíveis do que eram antes do proibicionismo, consequentemente, o número de usuários cresceu de forma assustadora.¹⁸¹

De acordo com relatório de 2015 da *United Nations Office on Drugs and Crime* (UNODC), enquanto em 2008 o número estimado de pessoas entre 15 e 64 anos que utilizou alguma droga naquele ano era de 203 milhões, já em 2013 esse número saltou para 246 milhões de pessoas. Ainda conforme esse mesmo relatório, em 2009 haviam 126 substâncias psicoativas reportadas (catalogadas), já em 2014 esse número aumentou para 450 substâncias¹⁸². Incontestável, pois, o aumento significativo tanto de usuários de drogas, bem como de variedade de substâncias psicoativas.

Se por um lado quando há certo sucesso por parte da política repressiva, isto é, quando a polícia logra êxito em apreender uma grande quantidade de alguma substância ilícita, por outro o que ocorre é a incidência da “lei da oferta e da procura”, isto é, tendo em vista a redução momentânea da quantidade de drogas disponíveis, aquelas drogas que se encontram em circulação acabam por ser supervalorizadas, incentivando, criando novos incentivos econômicos para a manutenção da prática ilícita.¹⁸³

Não obstante, apreensões realizadas com sucesso acabam por incentivar usuários e produtores a buscarem novas substâncias cada vez mais fortes quanto aos seus efeitos primários e ainda mais lucrativas. Este fenômeno pode ser observado pelo *crack*, por exemplo. Mas não foi qualquer novidade, uma vez que antes disso, muito antes, ocorreu o mesmo com o ópio, que costumava ser fumado ou bebido, e com a proibição passou a ser sintetizado e substituído pela heroína injetável.¹⁸⁴

No mais, outra significativa consequência da proibição das drogas foi a entrega de um mercado propício e permanente, que movimenta cerca de 320 bilhões de dólares por ano¹⁸⁵, a empresários dispostos a agir na ilegalidade.

¹⁸¹ KARAM, Maria Lúcia. Dez anos da lei 11.343/2006 = dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 2, n. 22, p. 18-27, maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/liberdades22.pdf>>. Acesso em: 29 nov 2018. p. 19-20

¹⁸² United Nations Office on Drugs and Crim, UNODOC. World Drug Report, 2015. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/wdr2015/World_Drug_Report_2015.pdf>. Acesso em: 8 setembro 2018.

¹⁸³ KARAM, op. cit. p. 20

¹⁸⁴ Ibidem. p. 20

¹⁸⁵ KARAM, Maria Lúcia. Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais. **Revista Verve**, São Paulo, n. 12, p. 181-212, dez. 2007. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/5456/3903>>. Acesso em: 27 ago. 2017. p. 190.

Consequentemente, há a expansão de facções, máfias e grupos clandestinos, que precisam se armar e se organizar para resistir a qualquer investida do Estado que coloque seu negócio em risco. Não por outra razão facções criminosas brasileiras como o Comando Vermelho e o Primeiro Comando da Capital (PCC) alcançaram a dimensão que possuem atualmente. O PCC possui faturamento anual de 200 milhões de reais, sendo que dessa quantia 80% é proveniente do tráfico de drogas.¹⁸⁶

Ocorre que nenhuma dessas consequências deveriam ser inesperadas, haja vista o icônico exemplo da Lei Seca estadunidense. À época, a proibição do álcool não diminui a quantidade de usuários, tampouco desestimulou comerciantes. O que ocorreu foi a criação de um novo crime, onde várias pessoas que eram consideradas de acordo com a lei passaram a ser consideradas criminosas¹⁸⁷. Acerca do tema assinala Thiago Rodrigues:

O efeito automático da Lei Seca não foi a supressão do álcool e dos hábitos a ele associados, mas a criação de um mercado ilícito de negociantes dispostos a oferecê-lo a uma clientela que permanecia inalterada. Inalterada em gostos, mas agora diferente, pois ilegal, criminosa. Produziu-se um campo de ilegalidades novo e pujante; inventou-se um crime e novos criminosos; e o álcool, talvez para angústia dos proibicionistas mais dedicados, não deixou de ser consumido.¹⁸⁸

Aliás, a exemplo das drogas que passaram a ser substituídas por substâncias mais potentes e lucrativas, bebidas como a cerveja e vinho passaram a ser deixadas de lado, sendo substituídas por bebidas mais fortes, como o uísque e o gin¹⁸⁹. Do mesmo modo, as bebidas que surgiram nessa época eram muitos mais nocivas à saúde, haja vista a falta de cuidados mínimos de higiene e seleção da matéria-prima quando de sua fabricação.¹⁹⁰

Além do mais, o surgimento e fortalecimento de facções criminosas como consequência da proibição de substâncias ditas ilícitas, uma vez que até nisso a Lei Seca nos serviu de exemplo. Com a proibição do álcool, rapidamente surgiram organizações visando suprir o mercado de bebidas alcóolicas. Máfias surgiram e

¹⁸⁶ Idem, Dez anos da lei 11.343/2006 = dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 2, n. 22, p. 18-27, maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/liberdades22.pdf>>. Acesso em: 29 nov 2018. p. 20-21.

¹⁸⁷ Ibidem. p. 20-21.

¹⁸⁸ RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. In: LABATE, Beatriz Caiuby, et. al. (orgs.) **.Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia - EDUFBA, 2008. p. 91-104. p. 94.

¹⁸⁹ KARAM, 2016. op. cit. loc. cit.

¹⁹⁰ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. 2. ed. São Paulo: Desatino, 2012. p. 28-29

rapidamente se fortaleceram, aproveitando-se da oportunidade econômica criada pelo mercado ilegal, tal qual a notória máfia chefiada por Al Capone.¹⁹¹

Para além do fracasso em erradicar ou ao menos diminuir a quantidade de drogas disponíveis, bem como incitar a criação de grupos criminosos financiados basicamente pelo mercado criado pela política proibicionista, essa política alcança também resultado oposto quanto a outros objetivos, ao passo que a criminalização aumenta os danos que podem ser causados pelas drogas em si.

O primeiro desses, é a violência. Ao contrário do que se prega, as drogas não são responsáveis pela violência que vemos hoje no país, mas sim a criminalização das mesmas. Ora, a produção das drogas e o consumo em si não são processos violentos, não passam nem perto disso, entretanto, a ilegalidade faz com que “empresas” criminalizadas tenham como subproduto a violência, tendo em vista a necessidade dessas se protegerem contra eventual investida estatal, ou mesmo de concorrentes. Quando falamos de um mercado legalizado não há violência. No comércio do álcool – substância que igualmente é psicotrópica, entretanto, por arbitrariedade não faz parte do rol das substâncias ilícitas – não há pessoas fortemente armadas onde há produção e distribuição de bebidas alcóolicas, embora já tenha ocorrido uma vez, na época da Lei Seca nos EUA. Nesse sentido Maria Lucia Karam:¹⁹²

Hoje, não há violência na produção e no comércio do álcool. Por que seria diferente na produção e no comércio de maconha ou de cocaína? A resposta é óbvia: a diferença está na proibição. Só existem armas e violência na produção e no comércio de maconha, de cocaína e das demais drogas tornadas ilícitas porque o mercado é ilegal.¹⁹³

Mais uma vez a proibição do álcool serviu como exemplo, não deixando brecha para falar que essa mesma consequência com a proibição das drogas foi uma surpresa.

A conquista de um território é essencial para um grupo traficante, já que a posse de um território representa um local seguro para comércio, armazenagem e consumo das drogas, segurança que se mostra para traficantes internacionais, nacionais e mesmo usuários de drogas. É por conta dessa necessidade – de possuir

¹⁹¹ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. 2. ed. São Paulo: Desatino, 2012. p. 28-29.

¹⁹² KARAM, Maria Lúcia. Dez anos da lei 11.343/2006 = dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 2, n. 22, p. 18-27, maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/liberdades22.pdf>>. Acesso em: 29 nov 2018. p. 21.

¹⁹³ Ibidem. p. 21.

um território – é que vemos diariamente confrontos armados entre traficantes dos morros do Rio de Janeiro e das periferias de São Paulo.¹⁹⁴

O proibicionismo fracassa ainda quanto ao objetivo de zelar pela saúde pública, aspecto onde a política novamente alcança resultados contrários àqueles pretendidos.

Com a proibição o Estado está entregando, como já dito, um mercado propício e permanente à clandestinidade, à ilegalidade. Desse modo, aqueles que atuam nesse mercado não estão sujeitos a qualquer controle de suas atividades, assim, fica a mercê do traficante decidir o grau de toxicidade de uma droga, sua potência, quais substâncias serão misturadas, como será armazenada, qual seu preço e onde será vendida.¹⁹⁵

Obviamente o traficante não está preocupado com a saúde de seus “clientes”, mas tão somente com quanto ele irá lucrar com o produto. Na clandestinidade a possibilidade de adulteração da droga aumenta drasticamente, sendo praticamente impossível saber qual o potencial tóxico daquela substância, o que consequentemente aumenta a possibilidade de overdoses. Aliás, a maior parte dos casos de overdose ocorrem por não saber o usuário o que está consumindo.¹⁹⁶

A criminalização ainda atrai os adolescentes, uma vez que esses têm certa atração pelo proibido. Ainda impõe a necessidade de consumo rápido e escondido da substância, o que leva a consequente descuido com higiene, aumentando as chances de difusão de doenças venéreas, especialmente quando o consumo se dá de forma injetável.¹⁹⁷

A proibição ainda dificulta a busca de informações e o diálogo entre o usuário e educadores, e especialmente entre esse e sua família. É evidente a necessidade de um usuário ter ajuda profissional, médica, ou mesmo passar por um tratamento, para conseguir deixar de consumir droga, para largar o seu vício. E se com a criminalização se pretende reduzir o número de usuários, é ela mesma a responsável por afastar o

¹⁹⁴ RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. In: LABATE, Beatriz Caiuby, et. al. (orgs.). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia - EDUFBA, 2008. p. 91-104. p. 101.

¹⁹⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. passim.

¹⁹⁶ KARAM, Maria Lúcia. Dez anos da lei 11.343/2006 = dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 2, n. 22, p. 18-27, maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/liberdades22.pdf>>. Acesso em: 29 nov 2018. p. 25.

¹⁹⁷ Ibidem. p. 25.

usuário da busca de um tratamento, uma vez que clamar por ajuda importa em confessar a prática de um crime.¹⁹⁸

É nítido o insucesso do proibicionismo em atingir os objetivos que se almejavam, e para além desse malogro, os resultados produzidos são muito mais danosos do que aqueles que poderiam ser produzidos pela conduta proibida em si. A chamada “guerra às drogas” já foi perdida há muito tempo, sendo irracional insistir em uma política que já se mostrou fracassada. Nesse sentido Maria Lucia Karam:

Sob qualquer ângulo, a proibição é uma política falida. Quando uma política falhou tão dramaticamente por tanto tempo, não parece uma atitude muito inteligente continuar a insistir nessa mesma política. Tal insistência faz lembrar o conhecido aforismo que define insanidade como fazer a mesma coisa repetidamente e esperar diferentes resultados.¹⁹⁹

Ante tantas evidências que demonstram o fracasso dessa política, por que, então, insistir nela? Afinal, alguma razão deve existir para tanto. Embora não se tenha uma resposta concreta, ou melhor, inteiramente correta, alguns autores buscam a resposta para essa pergunta, que será analisada a seguir.

3.3 Por que insistir em uma política fracassada?

O fracasso do proibicionismo pode ser observado em países desenvolvidos, que possuem estrutura, especialmente financeira, repressiva e de saúde. Mas, nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, o fracasso trouxe danos ainda maiores. O que ocorre é que países em desenvolvimento, são marcados pela desigualdade e exclusão social, claro que essas características podem ser observadas também em países desenvolvidos, entretanto, de forma bem menos expressiva.²⁰⁰

Luciana Boiteux, em certo tom de ironia, afirma que “a única contribuição positiva do modelo proibicionista talvez seja a comprovação empírica de que não há

¹⁹⁸ KARAM, Maria Lúcia. Dez anos da lei 11.343/2006 = dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 2, n. 22, p. 18-27, maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/liberdades22.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2018. p. 25.

¹⁹⁹ Ibidem. p. 21.

²⁰⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 238.

como se inibir o uso e a venda de drogas mediante um controle penal, quando a sociedade não quer e não aceita esse controle”.²⁰¹

A justificativa mais plausível e mais aceita para justificar a manutenção do modelo proibicionista mesmo diante do fracasso dessa política, e dos inúmeros danos causados pela mesma, é a inserção da política de drogas no projeto punitivo da pós modernidade, denominado como “cultura do controle”.²⁰²

Nesse sentido, basta observar que a criminalização do tráfico e consumo de drogas logo foi relacionado à parte da população urbana que se encontrava em crescimento que representava, para o Estado, alguma ameaça. Na maior parte do mundo, incluindo o Brasil, essa parte da população era composta majoritariamente por pobres, negros, mulheres, prostitutas e imigrantes²⁰³. Necessário, porém, para perfeita compreensão analisar a origem desse projeto.

No início do século XIX, com o processo de industrialização e modernização, grande parte da população que vivia em locais afastados, em propriedades rurais, migraram para polos industriais de modo que a população passou a crescer assustadoramente de modo que passou a ser um novo desafio governar uma Cidade, um Estado, tendo em vista a quantidade de pessoas aglomeradas em um só lugar.²⁰⁴

Assim, a criação de um modelo de governo que fosse capaz de controlar essas massas, de modo que os indivíduos se mostrassem submissos e produtivos era essencial e urgente. O objetivo era tornar os indivíduos úteis e produtivos, no sentido de contribuírem para o progresso da sociedade como um todo. Para tanto, criou-se instituições e técnicas para tratar aqueles que não se adequavam ao modelo, sendo a prisão a instituição símbolo desse período.²⁰⁵

Foi nesse contexto que o Estado passou a utilizar o exercício do poder, especificamente o poder punitivo, como meio de controle social sob o pretexto de não estar apenas punindo os “desviantes”, mas também tentando recuperá-los e tratá-los, para tanto o Estado introduziu na vida dessas pessoas um mínimo de condição de

²⁰¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 241

²⁰² Ibidem. p. 242-243

²⁰³ RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. In: LABATE, Beatriz Caiuby, et. al. (orgs.). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia - EDUFBA, 2008. p. 91-104. p. 96

²⁰⁴ Ibidem. p. 96.

²⁰⁵ Ibidem. p. 95-96

vida, com investimentos em saúde pública, educação, saneamento básico, etc. A partir dessa fusão entre coerção e assistência, o modelo punitivo (por prisão) de controle social passou a ser defendido e entendido como justo e humano, abrindo espaço para o surgimento de uma política proibicionista.²⁰⁶

No final da década de 1970, nos países desenvolvidos o Estado não cumpria mais sua função de minimizar impactos do mercado e assistir à população, desencadeando uma crise de legitimidade deste, fazendo com que buscasse uma nova finalidade para se mostrar necessário à sociedade. Assim, se reafirmou sob a justificativa de promover segurança, aprisionando aqueles considerados improdutivos, pois seriam uma ameaça para a sociedade. Desse modo, o Estado deixou de ser de bem-estar, para se tornar penal.²⁰⁷

Como marco dessa mudança do Estado, a política de “guerra às drogas”, que na verdade não enfrentava as drogas como inimigo, mas sim pessoas (produtores e consumidores), foi instituída. Sua própria denominação demonstra a tendência de expansão do poder punitivo. Ao mesmo tempo a ascensão do capitalismo, o contínuo crescimento desenfreado da população, com consequente aumento do número de marginalizados, improdutivos, e a necessidade de controle dessa parte da sociedade, uma intervenção penal ainda maior se mostra como solução para o problema²⁰⁸. Nessa linha, Maria Lucia Karam:

Uma enganosa publicidade apresenta o sistema penal como um instrumento voltado para a proteção dos indivíduos, para a evitação de condutas negativas e ameaçadoras, para o fornecimento de segurança. Esse discurso encobre a realidade de que **a intervenção do sistema penal é mera manifestação de poder, servindo tão somente como instrumento** de que se valem os mais diversos tipos de Estado **para obter uma disciplina ou um controle sociais** que resultem funcionais para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global das formações sociais historicamente determinadas nas quais surgem.²⁰⁹

Ocorre que uma vez que a criminalização das drogas cria um mercado ilícito, a vigilância sobre aqueles que já eram julgados como perigosos aumenta ainda mais, uma vez que além dos crimes que já estavam passíveis de cometer, agora há um novo crime. É certo que o proibicionismo não é a única tampouco a mais importante

²⁰⁶ RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. In: LABATE, Beatriz Caiuby, et. al. (orgs.). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia - EDUFBA, 2008. p. 91-104. P. 95-96

²⁰⁷ Ibidem. p. 100-101

²⁰⁸ KARAM, Maria Lúcia. Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais. **Revista Verve**, São Paulo, n. 12, p. 181-212, dez. 2007. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/5456/3903>>. Acesso em: 27 ago. 2017. p. 184

²⁰⁹ Ibidem. p. 185

ferramenta controle social, mas também é certo que é um importante recurso para essa finalidade.²¹⁰

Somado a isso, o sistema penal se aproveita de uma linguagem assustadora, que impõe medo, a sensação que determinadas condutas são ainda mais perigosas pelo simples fato do nome que recebem. Exemplo disso é que determinadas substâncias psicoativas são lícitas, embora não tenham natureza essencialmente diferente daquelas que são consideradas ilícitas. Tomemos como exemplo o álcool e a *Cannabis*, ambas são capazes de alterar o organismo e causar dependência, se diferenciando apenas por ser a última ilícita sem qualquer razão para tal. Entretanto, a simples distinção entre lícita e ilícita causa a impressão de que essas são muito mais danosas e perigosas do que aquelas, sendo passível, portanto, de uma intervenção penal.²¹¹

Ocorre que a expansão do poder punitivo nos aproxima cada vez mais de um Estado de polícia, deixando de lado o Estado de direito. Consequentemente direitos e garantias fundamentais são gradativamente ignoradas, fazendo, em *ultima ratio* com que o controle social exercido pelo sistema penal torne a diferença entre a democracia e um Estado totalitário cada vez mais tênue.²¹²

Mas, afinal, ante todo o exposto, qual a razão para a manutenção do proibicionismo, política que se mostrou fracassa? Há somente uma justificativa plausível para tal indagação, a qual precisamente apresenta Thiago Rodrigues:

A pergunta sobre por que manter uma guerra perdida pode ser respondida, ainda que parcialmente, ao repararmos nessa potente tática de controle social e perseguição seletiva que é a guerra às drogas. Quem defende o proibicionismo como modo eficaz para lidar com a “questão das drogas” transita por discursos médicos, governamentais e moralistas ou caminha determinado na poeira de muitas outras batalhas que não têm como objetivo, pura e simplesmente, a erradicação de substâncias específicas e das práticas sociais a ela relacionadas, mas a manutenção de uma guerra infundável.²¹³

Por sorte, aparentemente o fracasso dessa política vem sendo reconhecida interna e externamente, de modo que o fim da guerra às drogas parece estar

²¹⁰ RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. In: LABATE, Beatriz Caiuby, et. al. (orgs.). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia - EDUFBA, 2008. p. 91-104. p. 98.

²¹¹ KARAM, Maria Lúcia. Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais. **Revista Verve**, São Paulo, n. 12, p. 181-212, dez. 2007. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/5456/3903>>. Acesso em: 27 ago. 2017. p. 186-188

²¹² Ibidem. p. 194.

²¹³ RODRIGUES, op. cit. p. 101.

chegando a um fim, tendo em vista a nova tendência dos Estados em tratar a questão das drogas.

3.4 O fim da guerra: novas tendências, políticas alternativas e o RE 635.659

Diante do fracasso do proibicionismo como política para exterminar, ou ao menos reduzir o consumo e o comércio de drogas, alguns grupos se viram incentivados a estudar e buscar novas políticas que fossem realmente eficazes. Nesse contexto, a Comissão Latino-americana para as Drogas e a Democracia, com a participação do ex-presidente brasileiro Fernando Henrique Cardoso e do ex-presidente mexicano Ernesto Zedillo, exerceu forte influência em âmbito internacional.²¹⁴

Tamanho foi o reconhecimento que evoluiu para a Comissão Global de Política de Drogas, que contava, inclusive, com a participação de países responsáveis pela implantação da “guerra às drogas”. Em 2011 lançou seu primeiro relatório acerca da política de drogas, do qual Maurides Ribeiro destaca a constatação de que:

a guerra às drogas fracassou, com consequências devastadoras para os indivíduos e para a sociedade ao redor do mundo [...] os imensos recursos destinados à criminalização e às medidas repressivas orientadas aos produtores, traficantes e consumidores de drogas ilegais fracassaram eficazmente em reduzir a oferta ou o consumo.²¹⁵

A Comissão enviou ainda recomendações encaminhadas à ONU. No total o documento contava com 8 recomendações, dentre elas acabar com a criminalização das pessoas que usam drogas, incentivar a regulação legal das drogas e repensar as políticas e estratégias adotadas que eram movidas por conveniência e estratégia política.²¹⁶

Com toda essa mobilização a nível internacional, a nova tendência passou a ser de uma maior flexibilização, abandonando o proibicionismo. À exemplo de países que flexibilizaram e permitiram, em alguma medida, o uso de entorpecentes, podem ser citados: Espanha, Itália, Portugal, Canadá, Estados Unidos (16 estados mais o Distrito de Columbia), Argentina, Colômbia e Uruguai.²¹⁷

²¹⁴ RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p.97-98.

²¹⁵ Ibidem. p. 99.

²¹⁶ Ibidem. p. 99.

²¹⁷ Ibidem. 99-101.

Nesse contexto, modelos alternativos ao proibicionismo começam a aparecer, sendo cinco as mais difundidas e comentadas *as políticas de redução de danos, descriminalização, legalização controlada, legalização estatizante e a legalização liberal*.²¹⁸

A *legalização liberal* é a menos defendida e ineficiente, uma vez que se trata em uma liberação completa das substâncias psicoativas, tratando-as como um produto qualquer, e assim sendo, não deve receber qualquer intervenção ou regulamentação do Estado, devendo ser controlado apenas pelas leis do mercado. Tradicionalmente os liberais entendem que o Estado deve intervir o mínimo possível na sociedade, em se tratando de drogas, entendem que só deve haver interferência estatal quando o hábito de um indivíduo fosse prejudicial a outro.²¹⁹

Esse modelo se apresenta como completa utopia, impraticável e ineficiente para alcançar objetivos ideais. Ora, ao tratar as drogas como uma mercadoria que devem ter como única limitação as regras de mercado, tendo em vista que as empresas teriam como maior objetivo obter lucro, promovendo propagandas de *marketing* que certamente acarretariam um aumento pela demanda de drogas de forma significativa, o que obviamente é indesejável.²²⁰

As políticas de redução de danos assumem que o consumo de drogas é uma situação permanente, sempre terá alguém as consumindo. Dessa forma, esse método visa a minimizar os efeitos causados pelo uso das diferentes drogas, sem que seja necessário exigir do usuário a abstinência. A situação mais fácil de perceber a aplicação dessas políticas consiste na distribuição de seringas para usuários de drogas injetáveis, com o objetivo de evitar a difusão de doenças venéreas como o HIV e as hepatites.²²¹

Esse modelo entende que o enfoque dado ao usuário deve ter viés preventivo e de tratamento, atuando em conjunto com o combate ao tráfico de forma repressiva. Nada impede que esse modelo seja agregado a outros, como a descriminalização e a legalização controlada.²²²

²¹⁸ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. 2. ed. São Paulo: Desatino, 2012. p. 126-129

²¹⁹ Ibidem. p. 127.

²²⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 92.

²²¹ RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 45.

²²² RODRIGUES, 2012. op. cit. 129-130.

O Brasil adota a política de redução de danos, embora ainda trate o usuário como criminoso. A primeira manifestação de adoção dessa política se deu em 1997 no Estado, quando da edição da Lei Estadual 9.758/97, que autorizava ações de trocas de seringa no Estado. No ano seguinte a Rede Brasileira de Redução de Danos (REDUC) foi fundada, responsável pela criação de diversos programas nesse sentido pelo país. Com fulcro em uniformizar as estratégias adotadas nas diferentes localidades do país, o Ministério da Saúde editou a portaria n. 1.059 de 4 de julho de 2005. Ato contínuo a Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD) anunciou a redução de danos como sendo uma das estratégias na Política Nacional Antidrogas, o que se deu por meio da edição da Resolução n. 3/CONAD, de 27 de outubro de 2005.²²³

Em que pese os avanços desse modelo, que atualmente conta com 25 associações registradas na Receita Federal e 267 projetos de redução de danos, o fato é que o usuário de drogas ainda é objeto de tutela do direito penal, sua conduta ainda é considerada um crime, o usuário ainda é um criminoso. Essa condição, como já dito, afasta o usuário da busca por ajuda, haja vista essa conduta importar na confissão de um crime.²²⁴

A criminalização do porte de drogas, como amplamente demonstrado nesse trabalho, se mostra inconstitucional, especialmente por ferir o princípio da lesividade. Seria uma opção a ser tomada, entretanto, a descriminalização unicamente do porte de drogas para consumo pessoal, combinada com uma política de redução de danos, apesar de eficaz, é ineficiente para a solução do problema.²²⁵

A *descriminalização* do porte de drogas²²⁶ traria consequências benéficas significantes, tal como a maior probabilidade do viciado em buscar ajuda, tendo em vista sua conduta não mais um ilícito penal, não seria mais o usuário tratado como criminoso. Do mesmo modo, o plantio da maconha seria permitido, e tendo em vista que tal droga é a mais utilizada o impacto de tal medida seria significativa, uma vez que grande parte dos usuários não mais contribuiriam com o mercado ilícito.

²²³ RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos:** os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53-55

²²⁴ Ibidem. p. 57

²²⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas:** o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 87

²²⁶ Embora se use o termo “porte de drogas”, este deve ser interpretado de forma extensiva, no sentido de incluir em seu significado todas as condutas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006, especialmente o plantio para consumo pessoal.

Aproveito aqui para explicar o enfoque dado ao artigo 28 da Lei 11.343/06 e sua adequação ao princípio da lesividade, cuja inadequação importa em necessidade de descriminalização das condutas previstas no dispositivo mencionado. É bem verdade que a descriminalização não é a melhor opção para se enfrentar a problemática que gira em torno da questão de drogas, entretanto, o que ocorre é que é a medida que pode ser tomada pelo caminho mais curto, o que se mostra conveniente tendo em vista a urgência de uma revisão do proibicionismo ante os inúmeros danos causados por este.

A descriminalização independe de ação do poder executivo e legislativo, sendo suficiente tão somente atuação do poder judiciário, que pode fazê-la declarando o referido dispositivo inconstitucional. Nesse sentido, tramita na Suprema Corte o Recurso Extraordinário nº 635.659, que trata justamente da constitucionalidade do artigo em tela, contando com a manifestação de 3 ministros até o momento, quais sejam Gilmar Mendes (relator), Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, sendo todos os votos proferidos no sentido de declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

A legalização controlada, que se entende como melhor modelo a ser adotado, depende de iniciativa do poder legislativo para revogação da atual Lei de Drogas com consequente edição de uma nova lei para tratar de condutas como o contrabando, por exemplo, entretanto as casas legislativas do nosso país, como cediço, caminha a passos de formiga. Dependeria ainda de atuação do poder executivo, no sentido criar órgãos, ou reorganizar os já existentes, com a função de controle das drogas, mas como é bem sabido, o executivo não é nem um pouco ágil.

Por fim, a descriminalização se mostra como um primeiro passo, que teria importância fundamental em iniciar o enfrentamento ao maior desafio que o modelo ideal apresenta, qual seja, começar a demonstrar para a sociedade que o usuário de drogas não é um criminoso, de forma a reduzir o estigma que hoje carregam essas pessoas, bem como diminuir o preconceito para com as drogas hoje consideradas ilícitas.

Já na *legalização estatizante* o Estado assumiria a responsabilidade de produzir, distribuir e controlar todo o comércio de drogas. Desde a aquisição de insumos, até a chegada da droga ao usuário final. Em que pese essa proposta surtir os mesmos efeitos finais da legalização controlada, é um tanto inviável, tendo em vista a grande onerosidade que o Estado assumiria, haja vista a extensão e complexidade

do mercado em questão²²⁷. Tendo em vista a similaridade das consequências das duas formas de legalização, serão apresentadas somente quanto à legalização controlada, sendo, entretanto, perfeitamente aplicáveis à legalização estatizante.

Desse modo, a que melhor se apresenta é a *legalização controlada*, onde o Estado assume um papel essencialmente fiscalizador e controlador. Isto é, concede à iniciativa privada a possibilidade explorar o comércio de drogas, exercendo apenas controles de qualidade por meio de órgãos do executivo. De forma similar ou idêntica ao que ocorre com o comércio de cigarro e bebidas, que aliás, como já dito não são tão diferentes das drogas atualmente proibidas, sendo igualmente capazes de causar dependência e causar danos à saúde do usuário.²²⁸

Esse modelo parte da premissa de que todas as substâncias psicoativas devem ser tratadas como drogas, independentemente de sua natureza. Sendo esse o maior desafio que se esse modelo enfrenta, entender essa proposição de forma racional e sem nenhum tipo de preconceito. Até porque a legalização de apenas algumas substâncias não surtiria o efeito desejado, conforme ilustra Thiago Rodrigues usando a maconha como exemplo:

A legalização ou a descriminalização de algumas drogas como a maconha não implode as práticas de governamentalidade ativadas pelo controle de certos psicoativos. Ao contrário, pequenas relaxações no regime proibicionista são perfeitamente equacionáveis dentro dessa lógica. No momento em que o uso da maconha torna-se social e legalmente tolerável, inúmeras outras substâncias, como o *ecstasy* e algumas meta-anfetaminas [...] passam a ser perseguidas com o mesmo repressor ímpeto proibicionista.

Assim, novas drogas psicoativas ilegais surgem todos os dias, adicionando os alarmes do proibicionismo mundo afora.²²⁹

O efeito que se pretende com esse modelo alternativo ao proibicionismo, seria enfrentar as grandes corporações criminosas do narcotráfico de forma mais inteligente e não militarizada. A partir do momento que empresas credenciadas pelo governo produzem a mesma droga que o usuário buscava no traficante, entretanto, com qualidade superior, ou ao menos uma garantia de qualidade, haja vista o controle exercido pelo Estado, o usuário passa a buscar lojas em que pode comprar essas drogas sem precisar recorrer ao mercado ilegal, com consequente quebra das

²²⁷ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. 2. ed. São Paulo: Desatino, 2012. p. 126-127.

²²⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 92-93.

²²⁹ RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico**. São Paulo: Desatino, 2017. p. 321-322.

corporações criminosas por inanição, pois teriam sua maior fonte de renda significativamente prejudicada.²³⁰

Em segundo plano, a legalização permitiria maior controle dos usuários por parte do Estado, uma vez que poderia ser adotado, inclusive, um processo hoje são submetidas *as drogas de receita*, assim o Estado teria total controle de quem está usando qual droga, e a quantidade que está utilizando, o que possibilitaria uma coleta de dados confiáveis, para melhor direcionamento de campanhas e programas de redução de danos.²³¹

Fora das consequências relacionadas à saúde e do combate ao tráfico em si, a legalização tem ainda consequências benéficas no campo da economia. Como já dito, esse mercado movimenta vultosas quantias de capital que hoje transitam na ilegalidade, com a legalização esse dinheiro seria injetado na economia legal, além de possibilitar a tributação das substâncias, acarretando ganhos também para o Estado.²³²

Com relação à tributação, essa deveria ser alta o suficiente para não incentivar o consumo, mas baixa o suficiente para que o preço seja menor do que aquele praticado pelo tráfico ilícito, podendo inclusive a tributação ser proporcional à nocividade de cada droga.²³³

É certo que em certa medida ainda existiria mercado ilegal e seria necessário atuação do direito penal, seria utopia afirmar o contrário. Contudo, o combate seria de forma muito menor e menos danosa, a repressão se restringiria contra o contrabando, como forma de violação ou fraude ao monopólio desse mercado, com a finalidade de garantir a qualidade do produto e impedir sua venda a menores de idade, da mesma forma que ocorre hoje com o contrabando e falsificação de bebida e cigarro.²³⁴

Assim, contrariamente ao que afirmam os defensores do proibicionismo, a legalização está longe de ser uma permissividade total, muito pelo contrário, significa a regulamentação e o controle de um mercado que atualmente, com a proibição significa uma liberação total, haja vista a inexistência de qualquer controle de

²³⁰ RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas**: uma genealogia do narcotráfico. São Paulo: Desatino, 2017. p. 316-317.

²³¹ Ibidem. p. 316-317.

²³² Ibidem. p. 316-317.

²³³ RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas**: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 100.

²³⁴ Ibidem. p. 94-99.

qualidade dos produtos, onde muitas vezes são misturados a produtos ainda mais nocivos do que a droga em si para a obtenção de maior lucro.²³⁵

Do mesmo modo, a legalização não importa em aumento desenfreado do número de usuários de drogas. Nesse sentido, uma pesquisa realizada nos Estados Unidos constatou que 99% das pessoas não usariam drogas como cocaína ou heroína caso fossem legalizadas. E ainda, relatórios do Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência confirmam que maior ou menor consumo de drogas não tem relação alguma com o rigor das legislações impostas.²³⁶

Legalizar tampouco significa aprovação das drogas e do usuário em si. Ambos continuarão a ser tratados de forma negativa, como algo anômalo. O que se busca não é incentivar e liberar o consumo de drogas, mas sim evitar que os efeitos causados pela política de drogas sejam mais danosos do que a droga em si. Para tanto, usuários só não serão tratados por meio do sistema penal, mas sim de forma médico-sanitária.²³⁷

Aliás, a única droga de que se tem notícia de uma diminuição significativa no consumo é o tabaco, uma droga legalizada. Seu consumo no Brasil foi reduzido pela metade, resultado alcançado sem qualquer proibição, guerra ou prisão, mas tão somente com campanhas educativas e de regulação eficientes, informando dos danos causados pelo consumo da droga, com a proibição de publicidade e consumo em determinados locais.²³⁸

Destarte, a certeza que existe hoje é do fracasso monumental do proibicionismo, razão pela qual se mostra necessária e urgente a revisão desse modelo para enfrentar o problema. Por tudo quanto foi exposto, se mostra a legalização controlada como melhor opção, opinião da qual o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim corrobora²³⁹. Por fim, não poderia de trazer as palavras de Maria Lucia Karam, que resume a situação de forma concisa:

A legalização e consequente regulação e controle da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas é, sim, a opção política indispensável para definitivamente pôr fim à nociva e sanguinária “guerra às

²³⁵ KARAM, Maria Lúcia. Dez anos da lei 11.343/2006 = dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 2, n. 22, p. 18-27, maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/liberdades22.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2018. p. 25.

²³⁶ Ibidem. p. 26.

²³⁷ RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico**. São Paulo: Desatino, 2017. p. 317-319.

²³⁸ KARAM, op. cit. loc. cit.

²³⁹ RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 97.

drogas”; para definitivamente pôr fim a todos os inúmeros danos causados pela proibição. O fim da falida, danosa e dolorosa política proibicionista é a única forma de reduzir a violência; as mortes; o encarceramento massivo; o racismo e outras discriminações; o agravamento de problemas de saúde relacionados ao consumo de drogas; a violação a direitos humanos fundamentais. Legalizar e, conseqüentemente, regular e controlar a produção, o comércio e o consumo de todas as drogas é a única forma de possibilitar que os problemas advindos do abuso de tais substâncias sejam enfrentados não com sanguinárias, destrutivas e inúteis guerras, mas, sim, com soluções nascidas da compreensão, da compaixão, da solidariedade e do respeito à dignidade de todas as pessoas.²⁴⁰

²⁴⁰ KARAM, Maria Lúcia. Dez anos da lei 11.343/2006 = dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 2, n. 22, p. 18-27, maio/ago. 2016. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/liberdades22.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2018. p. 27.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstra que a defesa da saúde pública como justificativa para o proibicionismo, consiste tão somente em um pretexto simbólico para que, na verdade, o Estado tenha mais uma ferramenta de controle social por meio do direito penal. Tal constatação se dá a partir da análise da ascensão desse modelo.

A marcante evolução científica do século XIX trouxe o surgimento de diversas drogas, e conseqüentemente elevou o uso de tais substâncias, que até então eram comercializadas e consumidas livremente. Entretanto, nesse mesmo período surgiam movimentos religiosos puritanos, que combatiam qualquer coisa que violasse a moral protestante, cujo um dos alvos era justamente o uso de substâncias psicoativas.

Foi em razão da forte pressão exercida pelos movimentos puritanos é que se iniciou, no século XX, a regulamentação de substâncias psicoativas. Aliada a essas circunstâncias, os EUA viram como forma de se reaproximar da China liderar uma iniciativa internacional para lidar com a questão do ópio, responsável pela deflagração de uma guerra no século anterior.

Assim, os EUA passaram a investir em legislações domésticas para aumentar cada vez mais a restrição a substâncias psicoativas, além de protagonizar no mesmo sentido em âmbito mundial, convocando diversas Convenções para tratar de drogas, defendendo sempre uma maior intervenção e proibição desse mercado, até que o momento em que foi expressamente declarada a “guerra às drogas”.

Seguindo a tendência mundial, por influência dos diversos tratados resultantes das Convenções realizadas, o Brasil passou a adotar o proibicionismo como modelo para enfrentar o uso e o comércio de drogas.

Ocorre que a adoção desse modelo enfrenta de início uma violação à própria Constituição Federal, tendo em vista que um dos princípios resguardado pelo Texto Maior é justamente o princípio da lesividade, cuja criminalização da conduta do usuário de drogas consiste na violação desse princípio constitucional, o que importa em inconstitucionalidade da criminalização dessa conduta.

A violação ao princípio da lesividade se mostrou categoricamente demonstrada no decorrer do trabalho, o que se fez em razão de ser a descriminalização da conduta do usuário de drogas o primeiro passo para a adoção de um modelo alternativo ideal.

O presente trabalho demonstrou de forma clara o fracasso do modelo proibicionista, elencando diversas consequências danosas à sociedade causadas pela adoção dessa política. A manutenção do proibicionismo não se justifica senão pela necessidade estatal de exercer um controle social por meio da tutela penal.

É incontestável que a criminalização de drogas atinge uma enorme parcela da população, de modo que, embora não seja a única, é uma eficiente ferramenta para o exercício do controle social. Nesse sentido, se mostra urgente a adoção de um modelo alternativo, que trate a questão das drogas de uma forma mais eficaz e humanizada.

Assim, dentre os modelos alternativos apresentados, demonstrou que o Brasil passou a adotar a política de redução de danos, a qual se mostra necessária, mas não suficiente, uma vez que em que pese a aplicação e expansão desse modelo, o fato é que a manutenção do usuário em situação criminosa faz com que o usuário se afaste da tutela estatal, com consequente dificuldade de aplicação das medidas propostas pela própria política de redução de danos.

É evidente que o abandono do proibicionismo é uma tendência mundial, e dentre as alternativas adotadas, é a legalização controlada que se mostra mais eficiente. Mas assim como a política de redução de danos, não se mostra suficiente. Desse modo, a melhor opção a ser tomada é a fusão desses dois modelos, uma vez que enquanto a legalização irá minar o comércio ilegal de substâncias psicoativas, a política de redução de danos é responsável de recuperar e ajudar os usuários dessas substâncias.

Tal constatação pode ser facilmente percebida ao analisarmos as experiências vividas com drogas que hoje são consideradas lícitas, o álcool e o tabaco. Quando da Lei Seca nos EUA, com a proibição do consumo e comércio do álcool, o que se viu como consequência foi exatamente o que está ocorrendo com a criminalização das drogas atualmente, ou seja, não houve redução no consumo, passaram a surgir bebidas mais potentes e variadas, e o pior, entregou à clandestinidade um mercado propício e permanente, responsável pelo surgimento de grandes máfias, tal como a comandada por Al Capone e aumento significativo da criminalidade.

Já quando analisamos a experiência com o tabaco, o que ocorre é que quando não havia qualquer campanha desestimulasse o uso, a quantidade de usuários crescia de forma considerável. Entretanto, a partir do momento que foram proibidas

publicidades, e praticadas campanhas alertando dos malefícios causados pelo fumo, o que ocorreu foi uma queda pela metade da quantidade de usuários.

O fato é que o fracasso do proibicionismo é incontestável, e a experiência anterior vivida com o álcool foi repetida com a criminalização das drogas, de modo que insistir em um modelo que já se mostrou ineficaz e danoso mais de uma vez é no mínimo ignorância. Então, por tudo quanto foi exposto nessa pesquisa, bem como pela análise empírica com drogas que hoje são legalizadas, não resta outra alternativa senão a adoção do modelo da legalização controlada, que deve ser aplicada junto com a política de redução de danos, de forma similar ao que acontece com o tabaco.

Talvez a legalização seja um grande passo para a segurança pública do país, uma vez que não é utópico imaginar que retirar um mercado significativo como esse das mãos da clandestinidade, pode importar em inanição de grandes organizações criminosas espalhadas pelo país, tendo em vista o estancamento da maior fonte de renda do mundo criminoso.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, n. 20, p. 129-146, out/dez 1997. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/224409641/Nilo-Batista-Politica-criminal-com-derramamento-de-sangue>>. Acesso em: 10 set. 2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos da sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BEWLEY-TAYLOR, David.; JELSMA, Martin. Fifty years of the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs: A Reinterpretation. **Series on Legislative Reform of Drug Policies**, Amsterdam, n. 12, p. 1-20, mar/2011. Disponível em: <<https://www.tni.org/files/download/dlr12.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2018.

BITENCOURT, Cezar. Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 29 maio 2018.

BRASIL. **Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 14 maio 2018.

BRASIL. **Decreto nº 4.294, de 6 de julho de 1921**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 27 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 14 maio 2018.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. v. 1.

CARNEIRO, Henrique. O uso de drogas na sociedade. In: OLIVEIRA, Walter Ferreira de; CARNEIRO, Henrique (orgs.). **Álcool e outras drogas: da coerção à coesão**. Florianópolis: Departamento de saúde pública/UFSC, 2014. p. 11-33. Disponível em: <<https://unasus.ufsc.br/alcooleoutrasdrogas/files/2015/03/Modulo-1.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESCOHOTADO, Antonio. **Las drogas: de los orígenes a la prohibición**. Madri: Alianza Editorial, 1994.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. 7. ed. Madri: Alianza Editorial, 1998.

ESTADOS UNIDOS. **Pure food and drug act. PL 59-384, de 30 de junho de 1906**. Disponível em: <http://library.clerk.house.gov/reference-files/PPL_059_384_FoodDrugCosmeticAct.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo**. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FIGUEIREDO, Emílio Nabas. O cultivo doméstico de cânabis para consumo. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20. edição especial. p. 19-20. out. 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim239A.pdf>>. Acesso em: 5 set 2018.

GARCIA, Roberto Soares. A inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, edição especial. p. 6-8. out 2012. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim239A.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

GEORGE, Robert; RICHARDS, David. **The eighteenth amendment**. Disponível em: <<https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/amendments/amendment-xviii>>. Acesso em: 15 maio 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de Drogas Anotada: Lei n. 11.343/06**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Luis. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato: com um adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais. **Revista Verve**, São Paulo, n. 12, p. 181-212, dez. 2007.

Disponível em:

<<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/5456/3903>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

KARAM, Maria Lúcia. Dez anos da lei 11.343/2006 = dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”. **Revista Liberdades**, São Paulo, v. 2, n. 22, p. 18-27, maio/ago. 2016. Disponível em:

<<https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/liberdades22.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

LIPPI, Camila Soares. O discurso das drogas construído pelo direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 53-65, 2013.

MARONNA, Cristiano. Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 20, edição especial. p. 4-6, outubro 2012. Disponível em:

<<http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim239A.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: Elementos para uma reflexão crítica**. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, 2008. Salvador/BA. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**, Livro V. 1603.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Crime. **AC nº 70004802740/RS**. 5ª Câmara Criminal. Apelante: Luis Carlos Rodrigues Rosa. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 7 de maio de 2003. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70004802740&num_processo=70004802740&codEmenta=646227&temIntTeor=true>. Acesso em: 5 set. 2018.

RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

RODRIGUES, Thiago. Política de drogas e a lógica dos danos. **Revista Verve**, São Paulo, n. 3, p. 257-277, 2003. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/viewFile/4947/3495>>. Acesso em: 15 maio 2018.

RODRIGUES, Thiago. Drogas e liberação: enunciadores insuportáveis. **Revista Verve**, São Paulo, n. 6, p. 129-156, 2004. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5008/3550>>. Acesso em: 15 maio 2018.

RODRIGUES, Thiago. **Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico**. São Paulo: Desatino, 2017.

RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. In: LABATE, Beatriz Caiuby, et. al. (orgs.). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: Editora da Universidade Federal da Bahia - EDUFBA, 2008. p. 91-104.

RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. 2. ed. São Paulo: Desatino, 2012.

SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; NOTTINGHAM, Andréa de Boni. O garantismo e a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal pelo supremo tribunal federal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 64, p. 125-145, jan./mar. 2017. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-de-direito-publico-da-economia-rdpe-1/2017-v-16-n-64-jan-mar>>. Acesso em: 5 set. 2018

SANTOS, Pedro Pagliuca dos. **O princípio da ofensividade como complemento necessário à regra da legalidade penal no Estado Democrático de Direito**. 2014. 151 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

TAVAREZ, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 0, p. 75-87, Jan. 1992. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/42690503/criterios-de-selecao-de-crimes-e-cominacao-de-penas-juarez-tavarez>>. Acesso em: 27 maio 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU. **Commentary on the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961**. New York: United Nations, 1973. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Commentary_on_the_single_convention_1961.pdf> Acesso em: 17 maio 2018.

United Nations Office on Drugs and Crime, UNODC. World Drug Report, 2015. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/wdr2015/World_Drug_Report_2015.pdf>. Acesso em: 8 setembro 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raul et, al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. v. 1.

ZAFFARONI, Eugênio Raul.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.